Widerrechtliche Bestimmung

durch Drohung (BGB. § 123 I.)

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der kgl. württ.

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Simeon Angeloff
aus Tirnowo in Bulgarien.

Tübingen
Druck von H. Laupp jr
1903.

Widerrechtliche Bestimmung

16926

durch Drohung (BGB. § 123 I.)

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der kgl. württ.

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Simeon Angeloff
aus Tirnowo in Bulgarien.

Tübingen
Druck von H. Laupp jr
1903.

Gedruckt mit Genehmigung der Fakultät.
Referent: o. ö. Professor Dr. v. Wendt.

Es wird bemerkt, dass der Verfasser seine Arbeit schon begonnen und in ihren Grundgedanken entworfen hatte, als die Abhandlung Planck's über den gleichen Gegenstand veröffentlicht wurde.

Wendt.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547018_0124

Einleitung.

§ 1. Der Grund der gesetzlichen Bestimmung.

Im § 123 I bestimmt das BGB „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung (durch arglistige Täuschung) oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten". Die durch Drohung erzwungene Willenserklärung soll anfechtbar sein. Die erste, selbstverständliche, Voraussetzung dabei ist es, dass überhaupt eine Willenserklärung da ist, von dem Gezwungenen abgegeben worden ist. Und so erhebt sich gleich die Frage: giebt denn das Vorhandensein der Drohung zu, dass man von einer Willenserklärung spricht, oder ist sie (die Drohung) nicht im stande, die Willensfähigkeit des Gezwungenen zu beseitigen; oder aber kann beides der Fall sein, und wann ist dann die genannte Fähigkeit als nicht vorhanden anzunehmen? Die Fassung der Frage zeigt schon, von welchem Standpunkt aus sie zu beurteilen ist. Es handelt sich dabei darum, ob durch die Drohung die Zurechnungsfähigkeit, richtiger — da wir es hier mit dem Civilrecht zu tun haben — ob die Geschäftsfähigkeit aufgehoben werden kann. Geschäftsfähig nennt man denjenigen, welcher die Fähigkeit besitzt, rechtlich relevante Willensentschlüsse zu fassen, und diese Fähigkeit hat derjenige, welcher das für die konkrete Kulturstufe durchschnittliche Minimum von Geisteskräften besitzt und somit die Möglichkeit sich selbst, sowie seine Handlungen (im w. S. des Wortes, also überhaupt sein ganzes Verhalten) und deren Verhältnis zu der äusseren, physischen, Welt und der inneren, der Pflicht und des Nichtdürfens, sich vorzustellen und richtig zu beurteilen [1]). Es ist klar, dass regelmässig

1) Vgl. Merkel, Juristische Encyklopädie §§ 233, 235, 236. Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über das Privatrecht § 5: „Handlungsunfähig sind alle Personen, die nicht hinreichend urteilsfähig sind. — Als nicht hinreichend urteilsfähig sind alle Personen zu betrachten, die infolge von Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, oder aus anderer Ursache, ausser Stande sind, die Beweggründe, die Folgen und den sittlichen Charakter ihres Verhaltens richtig zu erkennen und einer richtigen Erkenntnis gemäss zu handeln".

jene Fähigkeit durch die Drohung nicht ausgeschlossen wird. Trotz der Drohung wird also eine Willenserklärung in der Regel vorhanden sein, denn auch der Bedrohte ist in der Lage, sich darüber klar zu sein, was er tut und will, und warum er es tut und will. Nicht ausgeschlossen ist es aber, dass durch die Drohung der Bedrohte in einen Zustand versetzt wird — sie jagt ihm z. B. eine so übermässige Furcht ein — so dass er nicht mehr vermag über seine geistigen Kräfte Herr zu sein und ähnlich dem geistig gestörten oder dem Bewusstlosen handelt, m. a. W. dass er unzurechnungsfähig wird. Sobald dies der Fall ist und man bei dem Bedrohten nicht von einer Willenserklärung reden kann [1]), kann auch von der Anwendbarkeit des § 123 I keine Rede sein. Wann nun die Drohung ohne Einfluss auf die Zurechnungsfähigkeit des Bedrohten bleibt, und wann sie dieselbe beseitigt — darüber sind wohl keine festen Regeln aufzustellen; es wird sich in jedem einzelnen Fall aus den Umständen ergeben, ob das eine oder das andere gegeben war. In erster Linie kommt natürlich die Schwere der Drohung in Betracht; daneben aber auch die geistige und die physische Beschaffenheit des Bedrohten im Momente der Drohung. Es wird dabei unzulässig sein, zu sagen, dass sobald die Drohung einen gewissen Grad erreicht hat, sie den Bedrohten zu jeder Handlung im Rechtssinne unfähig mache, und also auch unfähig zur Abgabe einer Willenserklärung. So ist nach Frank [2]) im Falle des § 52 des StGB — wenn die Drohung eine solche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben war, von einer Handlung nicht die Rede, der Bedrohte soll somit durch eine derartige Drohung ausser stande gesetzt werden, einen Willen zu betätigen d. i. zu handeln. Gewiss kann dies der Fall sein, notwendig ist es aber nicht. Der Grund der Bestimmung des § 52 StGB ist einerseits der, dass im Falle der Gewaltanwendung und des ersten Falls der Drohung — wo sie den Bedrohten willensunfähig macht — der Bedrohte blosses Werkzeug ist und nicht handelt, daher keine strafrechtliche Verantwortlichkeit; andererseits aber der — und auf diesen Fall trifft

1) Obwohl dies schon an sich selbstverständlich, bestimmt doch das BGB im § 105 II: „Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird.“

2) Kommentar zum StGB S. 85: „In beiden Fällen nimmt der Genötigte eine Handlung im Rechtssinne nicht vor!“

die angeführte Behauptung nicht zu — dass die im Notstand vorgenommenen Handlungen nicht verboten, nicht widerrechtlich sind, daher auch nicht bestraft werden können. Theoretisch kann man freilich, wie schon bemerkt, die Grenze nicht bestimmen, welche die Fälle der vorhandenen Willensfähigkeit und diejenigen, wo diese fehlt und man von einer Handlung des Bedrohten nicht reden kann, trennt. Dies ist immer quaestio facti. Immerhin wird man die obige Behauptung, dass die Regel das Vorhandensein des Willens trotz der Drohung bilden wird, dass der Bedrohte tamen coactus voluit, aufrechterhalten können.

Die Fähigkeit also, einen rechtlich relevanten Willen zu entfalten, verbleibt in der Mehrzahl der Fälle auch dem Bedrohten, auch dieser vermag eine Willenserklärung abzugeben, welcher dieselbe Gültigkeit von der Rechtsordnung beigelegt werden könnte, wie jeder anderen von einem Willensfähigen ohne Drohung abgegebenen Willenserklärung; trotzdem wird die erzwungene Erklärung als nicht vollgültig, als mangelhaft behandelt und für anfechtbar erklärt. Aus welchem Grund?

Die Ratio der gesetzlichen Bestimmungen gegen den Zwang, metus, hat man im wesentlichen in dreierlei gesucht: in dem Mangel des Gewolltseins des Erklärungsinhaltes, in der Willensunfreiheit, welche der Zwang zur Folge haben soll, und in der Unsittlichkeit, die sich in demselben äussert.

Schliemann[1]) geht davon aus, dass bei jeder Willenserklärung zweierlei zu unterscheiden ist: der Inhalt des Gewollten und die Erklärung, dass man denselben will. Das Hauptgewicht wird bei den Rechtsgeschäften nicht auf die Erklärung als solche, sondern auf den Inhalt gelegt. Nun kann es aber vorkommen, dass derjenige, der eine Willenserklärung abgiebt, zwar die Erklärung abgeben will — der Wille zur Abgabe der Erklärung vorhanden ist — dagegen das, was er erklärt, nicht will — der Inhalt der Erklärung nicht gewollt wird. In solchen Fällen — da es auf das materielle und nicht auf das formelle Wollen ankommt — sei die Willenserklärung ungiltig. Dabei sind gewisse Um-

1) Schliemann, Lehre vom Zwang S. 120: „Wir haben die Frage (nach dem Einfluss der Drohung) nach dem Vorbemerkten dahinzustellen: ist der Umstand, dass eine ausdrückliche Erklärung durch Drohung veranlasst worden, als ein solches Moment zu betrachten, welches die Bedeutung der Erklärung für die Annahme des dem Inhalte derselben entsprechenden Wollens wiederum aufhebt?“

stände nach Schliemann von Hause aus geeignet, eine Vermutung für das Fehlen des materiellen Wollens zu begründen. Ein solcher Umstand sei auch die Drohung [1]). Wenigstens in den Fällen, in welchen die Ausführung der Drohung augenblicklich zu erwarten ist, soll sich „rücksichtlich der Frage nach dem vorhandenen Willen ein nonliquet ergeben, da für die äussere Erklärung ein vollkommen ausreichender Erklärungsgrund in der Drohung vorliegt, die Drohung mithin die Bedeutung, welche der Erklärung sonst für die Annahme des Willens zukommt, zerstört“ [2]). Demgegenüber ist nun mit Recht bemerkt worden [3]), dass man aus dem Vorhandensein der Erklärung überhaupt in allen Fällen nur mit Wahrscheinlichkeit auf das Vorhandensein des materiellen Willens schliessen kann und also müsste man konsequenterweise bei jeder Willenserklärung es für zulässig finden, dass der Erklärende den Beweis des Fehlens seines Willens erbringt; andererseits müsste aber auch der Gegenbeweis zulässig sein da, wo, wie im Falle der Drohung, das nonliquet als begründet erscheint, dass der Erklärungs-Inhalt doch gewollt war. Abgesehen davon, dass in dem positiven Recht (auch nicht im gemeinen Recht, um das es sich bei Schliemann handelt) nichts von diesen Konsequenzen bekannt ist, sind sie schon an sich derart, dass ihre Durchführung undenkbar ist, und demgemäss auch der Grund, aus dem sie folgen, nicht der richtige Erklärungsgrund der Vorschriften über Drohung gelten kann.

Andere dagegen haben den Grund für die Massnahmen gegen Erpressung von Willenserklärungen darin gefunden, dass durch die Furchterregung, welche mit der Drohung verbunden ist, der Wille des Bedrohten unfrei gemacht wird und diese Willensunfreiheit soll dann genügenden Grund dafür bilden, dass die bei solcher Unfreiheit abgegebenen Willenserklärungen anfechtbar bezw. nichtig sind [4]).

---

1) Siehe vorhergehende Anmerkung.

2) Schliemann 120.

3) Vergl. Schlossmann, Die Lehre vom Zwange S. 132.

4) Vergl. z. B. Crome, Lehrbuch I, S. 431. „Das abgepresste Geschäft ist anfechtbar nicht wegen eines Delikts des Urhebers der Drohung, sondern wegen der dadurch bewirkten Willensunfreiheit des Bedrohten.“ Schlossmann, l. c. S. 124. Die Freiheit des menschlichen Willens ist endlich und begrenzt. . . . Forschen wir aber nach den Gründen, welche der Betätigung eines freien Willens eine Schranke zu setzen vermögen, so bietet sich uns zu allererst die Einwirkung auf das Gemüt durch schwere Drohungen dar.

Diese Konstruktion ist deswegen abzulehnen, weil man nicht umhin kann, auch für den menschlichen Willen die Geltung des Causalitätsgesetzes anzuerkennen, und demgemäss kann von einer Willensfreiheit in dem Sinne, dass der Mensch nicht notwendig, sondern unabhängig von Motiven nach freier Wahl seine Willensentschlüsse fasst, nicht die Rede sein. Es kann daher die Drohung die Willensfreiheit nicht ausschliessen, weil sie, abgesehen von den Ausnahmen, wo sie den Willen überhaupt aufhebt, nur als ein Motiv wirkt, im übrigen also der Willensentschluss des Handelnden auch unter dem Druck der Drohung in derselben Weise zu stande kommt, wie jeder andere Willensentschluss. Nun sind die den Willen bestimmenden Motive im allgemeinen für das Civilrecht gleichgiltig [1]); dies aber nur so lange, bis sie nicht seitens Dritter unsittlicherweise dem handelnden Menschen aufgedrängt werden, so dass dieser nicht frei aus sich heraus seine Willensentschlüsse fasst, sondern nur auf Grund jener von aussen her aufgedrängten Motive. Dies muss aber unsittlicherweise geschehen! Der Mensch wird ja immer von seiner Umgebung abhängig sein und sich von ihr bestimmen lassen. Oft wird er unbewusst fremdem Einfluss folgend Handlungen vornehmen, deren Grund er möglicherweise in seiner Vernunft oder seinen Gefühlen sucht, tatsächlich aber ihm von aussen her suggeriert worden sind — eine Folge des Zusammenlebens der Menschen, die wiederum unentbehrlich für dasselbe ist. Es werden ferner Zureden, Bitten, Raten, gesellschaftliche Rücksichtnahme, Furcht u. dgl. nicht selten die Motive des Handelns des Menschen, d. h. seiner Willensentschliessungen sein [2]). Die Rechtsordnung kann aber weder Interesse noch Veranlassung haben, dieser Einwirkung auf die Anderen entgegenzutreten; wenn sie aber absichtlich und in einer Weise geschieht, dass sie auf die Lebensbedingungen der Gesell-

S. 130. Der Grund, weshalb gegen Zwang Hilfe zu gewähren ist, liegt also lediglich darin, dass die erzwungene Handlung dem Handelnden als eine gewollte nicht angerechnet werden kann.

1) Vgl. aber Liepmann, Einleitung in das Strafrecht S. 126.

2) Vgl. Merkel, Criminalistische Abhandlungen I. 72. „Die Natur des Vermögensverkehrs, wie überhaupt des menschlichen Verkehrs, bringt es mit sich, dass der Eine auf den Anderen in selbstischem Interesse bestimmend einzuwirken sucht, und wenn hier die Grenze des Erlaubten sonst mit der zwischen wahrhafter und lügenhafter Beredsamkeit bezeichnet sein mag, so ist dies für die juristische Betrachtung keineswegs der Fall". Für die juristische Betrachtung nicht!

schaft verletzend und untergrabend einwirkt, m. a. W. wenn sie unsittlich ist — dann hat die Rechtsordnung, die auch eine sittliche Ordnung ist, das Interesse, ja die Pflicht, dagegen zu reagieren. Es ergiebt sich aus dem Gesagten, dass, wenn die Rechtsordnung es für verboten erklärt, auf die Willensentschliessung Dritter mittels Drohung einzuwirken, sie dies nicht deshalb tut, weil die Drohung die Willensfreiheit verletzt, den menschlichen Willen unfrei macht — was die Rechtsordnung nicht zu dulden habe. Denn, zugegeben, dass die Drohung die Willensfreiheit aufhebe, es muss sofort die Frage gestellt werden, warum denn nur einige Arten der aufgehobenen Willensfreiheit zu berücksichtigen sind und nicht alle. Warum kann sich nur der Bedrohte auf seine Willensunfreiheit berufen und nicht auch derjenige, der etwa gehandelt hat unter dem Einfluss einer in Aussicht gestellten Belohnung; das kann ja auf eine empfängliche Natur so überwältigend gewirkt haben, dass der Betreffende keine Wahlfreiheit gehabt hat, dass sein Wille unfrei war. Dabei ist es klar, dass die Abgrenzung ungemein schwierig sein wird, wo die Freiheit des Willens aufhört und seine Unfreiheit beginnt. Nun kann man überhaupt nicht sagen, dass die Drohung die Freiheit des Willens aufhebt. Es mag mit der Willensfreiheit in der Philosophie schliesslich bestellt sein wie es will, für das Recht kommt es einzig und allein darauf an, ob der Handelnde im Augenblicke, wo er einen Willensentschluss fasst, und denselben äussert oder demgemäss handelt, im stande war, sich über alles das Rechenschaft zu geben. Diese Freiheit der Willensentschliessung wird durch die Drohung nicht vernichtet, kann nicht vernichtet werden [1]), denn sonst wäre überhaupt gar kein Wille vorhanden, der beanspruchen könnte, von der Rechtsordnung als solcher behandelt zu werden. So ist denn Savigny [2]) vollkommen beizustimmen, wenn er als Grund für die

1) Vgl. Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht 7. (4) Aufl. I, 156. „Deshalb kann hier nicht von einem Nichtwollen, sondern nur von einer unberechtigten Einwirkung auf die Entstehung des Willens die Rede sein". Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht S. 13. „Allein es ist längst unwiderleglich dargetan, dass in der Regel weder Irrtum noch Furcht die Freiheit des Willens aufheben, dass sie nicht die Möglichkeit, einen Beschluss zu fassen, ausschliessen, dass sie nur auf diesen Beschluss dadurch einwirken, dass sie neue dem Bewusstsein fremde Motive diesem aufdrängen".

2) System III, 103 f. „Obgleich nun der Zwang zu einer Willenserklärung die Freiheit des Handelnden an sich nicht aufhebt, folglich der natürlichen

gesetzliche Vorschrift, dass erpresste Willenserklärungen nicht giltig sein sollen in der Unsittlichkeit, die sich in dem Zwang äussert, findet. Das giebt Schlossmann nicht zu, denn wie kann, fragt er, in der Bedrohung eine Unsittlichkeit gefunden werden, wenn sie die Freiheit des Willens nicht aufhebt [1]). So kann nur der argumentieren, der an eine begrenzte Willensfreiheit glaubt. Aber grade weil der Wille nicht frei in dem Sinne ist, dass er wählen kann, was er will, sondern unfrei, das ist durch Motive bestimmbar, ist, liegt in dem Aufzwingen von Motiven, wie das mittels einer Drohung geschieht, eine sehr grosse Unsittlichkeit und weil diese aufgedrängten Motive ihre Wirkung auf den Bedrohten ausüben und seinen Willen bestimmen, sind sie für die Rechtsphäre des Bedrohten nicht gleichgiltig.

I. Die Drohung.

§ 2. Wesen der Drohung.

Nach den einleitenden Bemerkungen ist nun auf den eigentlichen Tatbestand des § 123 I. einzugehen. Hier sind zwei Fragen zu unterscheiden: was ist die Drohung, durch welche der Andere bestimmt wird und wann ist diese Bestimmung widerrechtlich. Bevor man zu der Erörterung der Frage der Widerrechtlichkeit kommt, ist es nötig, sich darüber klar zu werden, was gerade § 123 I unter Drohung und Bestimmung durch Drohung versteht.

Wirksamkeit der Erklärung nicht im Wege steht, so steht er dennoch im geraden Widerspruch mit dem Zweck alles Rechtes, welcher auf die sichere und selbständige Entwickelung der Persönlichkeit gerichtet ist. Demnach liegt in dem Zwang eine in das Rechtsgebiet störend eingreifende Unsittlichkeit. Sie ist dem Unrecht verwandt, wenngleich kein wirkliches, unmittelbares Unrecht. Es ist die Aufgabe des positiven Rechtes, diese Unsittlichkeit durch positive Gegenwirkung von dem Rechtsgebiet abzuwehren".

Vgl. L. 116. D. 50, 17. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch I. § 79. S. 182. „Auch der Grundgedanke der ganzen Vorschrift, dass die Sittlichkeit gebietet, den durch Zwang realisierten Willen des Drohenden nicht als wirklichen gelten zu lassen". . . . Blume in Iherings Jahrbüchern Bd. 38. S. 229. Nicht deshalb, weil der Wille des Bedrohten beeinflusst war, sondern weil dieser Einfluss durch eine nicht zu billigende Handlungsweise erzeugt war, wird der Willenserklärung die Wirksamkeit versagt.

1) Schlossmann, l. c. S. 131. „Kann aber die Freiheit des Willens durch Drohungen nicht aufgehoben werden, so kann in der Bedrohung auch eine Unsittlichkeit nicht gefunden werden; sie ist dann für die Rechtssphäre des Bedrohten gleichgiltig".

Sprachlich [1]) heisst drohen zu erkennen geben, dass man etwas Uebels antun wolle. Drohen unterscheidet sich also einmal vom Versprechen eines Vorteils und sodann vom Warnen. Zum Wesen der Drohung gehört, dass der Drohende ein Uebel in Aussicht stellt, dessen Zufügung oder Unterlassung von seinem Willen abhängt. Dabei braucht es nicht ein physisches Uebel zu sein, mit dem man droht, sondern es genügt auch ein psychisches; namentlich wird man auch demjenigen das Anfechtungsrecht des § 123 zuerkennen, der dadurch zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst worden ist, dass eines seiner Angehörigen Opfer des angedrohten Uebels hätte sein sollen. Dabei muss der Drohende handelnd auftreten, d. h. er muss dem Bedrohten durch Wort oder Tat zu erkennen geben, dass er ihm das Uebel zufügen bezw. zufügen lassen will, falls der Andere nicht gehorsam ist. Für die Frage der Anfechtbarkeit der Willenserklärung ist es gleichgiltig, von wem die Drohung ausgegangen ist. Aus der Gegenüberstellung beider Absätze des § 123 ergiebt sich, dass es keinen Unterschied macht, ob die Drohung von dem Empfänger der Willenserklärung bezw. bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen, von dem zu dessen Gunsten dieselbe abgegeben wird, ausgegangen ist oder von einem Dritten; ja Jener braucht nicht einmal Kenntnis von der Drohung gehabt zu haben, damit das Anfechtungsrecht zu gewähren ist.

Der Begriff der Drohung erfordert Furchterregung bei dem Bedrohten seitens des Drohenden. Wie ist es nun aber, wenn die Furcht schon da ist, der Drohende also nicht mehr nötig hat, sie zu erregen. Man könnte meinen, in beiden Fällen wird das Motiv des Handelns der Partei die Furcht sein und daher in beiden Fällen die Anfechtung der etwa abgegebenen Willenserklärung für zulässig erklären. Dies würde aber zu weit führen und eine verkehrte Auffassung der gesetzlichen Vorschrift bedeuten. Die blosse Furcht ist nicht Anfechtungsgrund nach dem BGB: deshalb würde sich niemand darauf berufen können, er habe sich vor seinem Gegenkontrahent oder vor irgend jemand Anderm gefürchtet und desshalb seine Willenserklärung abgegeben; aus demselben Grunde findet auch der sogenannte metus reverentialis keine Berücksichtigung. Trotzdem wird man fragen können, ob es denn nicht Fälle geben kann, in welchen das Vorhandensein

1) Weigand, Deutsches Wörterbuch.

der Furcht als gleichbedeutend mit der Erregung der Furcht zu behandeln ist. Vor allem ist es klar, dass diese Frage nur da aufgeworfen werden kann, wo der Gefürchtete Kenntnis von jener Furcht hat und sich deren Vorhandensein zu Nutzen macht, um den Anderen zu irgend welchen Willenserklärungen zu bestimmen[1]; denn sonst hätten wir es zwar mit einem Handeln aus Furcht zu tun, diese aber ist, wie hervorgehoben, für die rechtliche Beurteilung bedeutungslos. Von einer Gleichstellung der Furchterregung mit Ausnutzung vorhandener Furcht kann nur dort die Rede sein, wo der Handelnde gleichsam es nicht abwartet, dass der Andere droht, sondern sich selbst in Furcht versetzt; es muss sich also um eine solche Furcht handeln, die der Andere erregen konnte und wollte. Dabei muss dieser nicht bloss die Willenserklärung im Bewusstsein der bestimmenden Furcht von ihm entgegen nehmen, sondern er muss auch dieselbe (die Willenserklärung) veranlassen. Der gefährlich aussehende Bettler, dem eine grosse Gabe gegeben wird, kann sich demnach mit Recht darauf berufen, dass er nicht gedroht hat, wenn der Geber die Gabe zurückverlangen wollte, weil aus Furcht gewährt, wenn er auch das Bewusstsein gehabt hat, die Grösse der Gabe nur seinem Aussehen zu verdanken und sich über die Aengstlichkeit des Gebers lustig gemacht hat. Anders liege der Fall, wenn der Bettler, unzufrieden mit dem ihm Geschenkten, mehr verlangt hat, wohl wissend, dass sein gefährliches Aussehen das seinige beitragen wird, um ihm zu dem grösseren Geschenk zu verhelfen; in diesem Fall ist es bloss eine Erleichterung des Bettlers, wenn der Geber nicht wartet, dass jener mit der Drohung, eventuell mit der Gewalt, herausrückt.

§ 3. Willensbestimmung durch Drohung.

Der § 123 I handelt aber nicht von der Drohung als solcher, sondern von der Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung durch Drohung. Es handelt sich dabei um denselben Unterschied, wie der zwischen StrGB 240 und 241. Blosse Bedrohung, wie sie nach StrGB 241 strafbar ist (abgesehen von der Beschränkung auf Bedrohung mit einem Verbrechen) genügt somit zur Anwendung des § 123 I nicht, es muss eine Bestimmung des Willens stattgefunden haben. Der Tatbestand des § 123 ist genau derselbe, wie derjenige der Nötigung des Strafrechts, nur dass diese sich auf Drohung mit Verbrechen und Vergehen beschränkt, —

1) Ueber das Bestimmen unten § 3 d.

insofern also enger ist als der Tatbestand von 123, nach welchem ein Unterschied in der Beschaffenheit der Drohung nicht gemacht wird — andererseits aber die Nötigung insofern weitergefasst ist, als nach § 240 StrGB jede Bestimmung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung strafbar ist — Strafbarkeit sonach eintritt, auch wenn bei dem Genötigten von einer Aeusserung des Willens keine Rede ist (Duldung), während § 123 nur zur Anwendung kommen kann, wenn der Bedrohte eine Willenserklärung abgegeben hat. Die Willensbestimmung nun erfolgt so, dass der Bedrohte durch die Drohung, durch die schlimmen Aussichten, die ihm der Andere vor Augen hält, in eine (wie der gesetzliche[1]) Ausdruck lautet) Zwangslage versetzt wird, zu deren Beseitigung als einziges Mittel oder als das sicherste Mittel die Abgabe der verlangten Willenserklärung erscheint. Diese Zwangslage braucht nicht eine wirklich bestehende zu sein, es genügt, wenn sie in der Einbildung des Bedrohten vorhanden ist. Der Drohende braucht durchaus nicht entschlossen zu sein im Fall der Nichtabgabe der Willenserklärung, das angedrohte Uebel wirklich zuzufügen: ernst braucht die Drohung nur insoweit zu sein, dass sie als solche von dem Bedrohten aufgefasst wird.

a) Was zuerst die Beschaffenheit der Drohung betrifft, so ist nach dem BGB ein jedes, selbst das kleinste Uebel geeignet, den Gegenstand einer Drohung zu bilden (vorausgesetzt natürlich, dass die übrigen Erfordernisse gegeben sind). Darin weicht das BGB erheblich von den Bestimmungen des römischen Rechts über metus ab. Dieses berücksichtigt nur schwere Drohungen, nicht auch die kleinlichen[2]). Als solche schwere Drohungen, geeignet, die actio quod metus causa zu begründen, gelten nur Bedrohung des Lebens, des Leibes und der Freiheit des Bedrohten selbst oder seiner Angehörigen[3]). Die übrigen Drohungen, namentlich also Bedrohung des Vermögens, waren ohne rechtliche Bedeutung. Diese enge Begrenzung des römischen Rechts hat sich als unvereinbar mit den modernen Verkehrsbedürfnissen und Rechtsanschauungen erwiesen. Das gemeine Recht, besonders das neuere, ist denn auch dabei

1) BGB 124.

2) L. 5. d. h. t (4, 2). Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem sed majoris malitatis.

3) L. 8. § 3. D. h. t. Vgl. auch den Vers bei Gluck, Pandektenkommentar IV, § 300, S. 169, Anm. 38. Excusat carcer status mors verbera stuprum.

nicht stehen geblieben. Zwar tritt noch Savigny[1]) dafür ein, dass die nur in den Quellen erwähnten Fälle der Bedrohung rechtliche Beachtung zu finden haben. Die neueren Schriftsteller gehen dagegen weiter. Schliemann[2]) z. B. bleibt nicht bei den in Corpus juris enthaltenen Beispielen, sondern stellt, sich darauf stützend, die Regel auf, dass das angedrohte Uebel in unmittelbarer Beziehung mit der Person des Bedrohten stehen muss, so dass auch noch Bedrohung der Keuschheit, Androhung körperlicher Misshandlung u. dergl. als major malitas zu betrachten sei. Aber auch dieser Standpunkt war für die neue Zeit ungenügend. Man musste weiter gehen und anerkennen, dass auch Bedrohung des guten Rufs, des Kredits, Bedrohung mit Prozessen (metus accusationis) wenn mit erheblichen Gefahren verbunden[3]), ebenso Bedrohung des Vermögens actio quod metus causa resp. exceptio metus begründen kann. Es hat sich auch schon die Tendenz bemerkbar gemacht, dass die civilrechtliche Drohung analog derjenigen der Erpressung des Strafrechts zu behandeln und also bei allen Drohungen die actio quod metus causa (wenigstens dem Erpresser gegenüber) zu gewähren ist[4]). Jetzt sind alle diese Streitfragen über die erforderliche Schwere des angedrohten Uebels überflüssig geworden infolge der Bestimmung des BGB, nach welcher es auf diese nicht ankommt, sondern auf das Bestimmen durch Drohung der Nachdruck gelegt wird. Ein anderes Erfordernis des römischen Rechts, das heute ebenfalls weggefallen ist, war, dass die Furcht eine begründete gewesen sein müsse, eine solche, die auf einen charakterfesten und besonnenen Mann Eindruck hat machen können[5]). Somit wurde nach römischem Recht ein objektiver Massstab zu Grunde gelegt; man fragt nicht, ob der Bedrohte nach Lage des Falles im Hinblick auf seine körperliche und geistige Beschaffenheit sich hätte von der Drohung bestimmen lassen, sondern ob objektiv ein Nichtfeigling durch die Drohung bestimmbar war. Dies ist nicht der Standpunkt des modernen Rechts. Schon das ALR hatte sich für einen subjektiven Standpunkt ausgesprochen, indem dasselbe es der vernünftigen Beur-

1) System III, 103.

2) L. c. S. 19.

3) Dernburg, Pandekten I, § 103, S. 239.

4) Dernburg, l. c. S. 239, Anm. 14. Wendt, Pandekten 279.

5) L. 6. d. h. t. metum autem non vanit hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.

teilung des Richters überlassen hatte, zu entscheiden, ob die Willenserklärung durch die vorliegende Drohung als erzwungen erscheint, wobei auf Leibes- und Gemütsbeschaffenheit des Bedrohten Rücksicht zu nehmen[1]). Das BGB steht auf demselben Standpunkt.

Im übrigen ist es gleich, ob man mit einer erlaubten oder einer unerlaubten Handlung droht. Das Nichtverbotensein der Handlung, mit der man droht, kann nicht bewirken, dass das Einwirken auf die fremde Willensentschliessung auch eine unverbotene wird: der Zweck entheiligt die Mittel.

b) Das Wesen der Drohung besteht darin, dass sie die Ankündigung der Zufügung eines Uebels ist; für den Fall der nichtbefolgten Forderung des Drohenden wird in Aussicht gestellt, dass dieser dann tätig eingreifen will, dass ein bestimmtes, gleichviel wie beschaffenes Uebel dem Bedrohten zugefügt werden soll. Und daraus ergiebt sich die wichtige Abweichung des gesetzlichen Begriffs Drohung von dem sprachlichen. Während dieser alle Fälle umfasst, in denen irgendwie die Lage des Bedrohten schädlich beeinflusst werden kann und dies jenem gegenüber ausgesprochen wird, beschränkt sich der gesetzliche Begriff Drohung nur auf die Fälle, in welchen ein tätliches böses Eingreifen auf die Lage des Gegners verkündet wird und somit alle Fälle ruhigen Gewährenlassens einer schlimmen Einwirkung auf dieselbe, des Nichthelfens im Fall der Not, wo dies sehr wohl möglich und das Gegenteil nicht nur Nachteil, sondern sogar Vernichtung des Gegners bedeuten kann, m. a. W. alle Fälle der Drohung mit Unterlassung ausscheiden[2]). Der Arzt z. B., der seine Hilfe von Abgabe eines übermässigen Honorarversprechens abhängig macht, der Retter des in Lebensgefahr schwebenden Kindes, der sich von der Mutter ein ganzes Vermögen versprechen lässt — diese haben nicht durch

1) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht I, § 112, S. 254 (4 Aufl.). „Nach preussischem Rechte genügt realistischer Weise zur Nichtigkeit des Geschäftes, dass eine ernst gemeinte Drohung subjektiv den Bedrohten eingeschüchtert hat, ohne dass gefragt wird, ob sich ein energischer Charakter durch dergleichen hätte bestimmen lassen."

2) Kohler in Iher. Jahrb. Bd. 25, S. 28. „Wer aber nichts Weiteres tut, als dass er den Andern seinem Schicksal überlässt, der wirkt nicht auf seine Lage ein, er steht ihr indifferent gegenüber, er beeinflusst seine Situation nicht, er sieht ihr als untätiger Dritter zu — die Drohung aber, einem Anderen als untätiger Dritter gegenüber zu stehen, ist keine Drohung im Rechtssinne".

Drohung auf die Willensentschliessung eingewirkt, und die Versprechensabgeber können nicht ihre Willenserklärungen auf Grund des § 123 I anfechten. Damit soll nicht gesagt sein, dass derartige Geschäfte vollgiltig sein müssen; es sind nur andere Gesichtspunkte für ihre Beurteilung massgebend. Ein Unterschied in der Art der Bestimmung des fremden Willens im ersten (Drohung nach 123) und im zweiten Fall (Drohung mit Unterlassung) besteht wohl nicht. Dort wie hier hat der Bedrohte zwischen zwei Uebeln zu wählen[1]): dort zwischen der Abgabe der Willenserklärung und dem Erdulden des angedrohten Uebels, hier zwischen Verbleiben in der bisherigen Notlage und der Abgabe der Erklärung: die psychologische Zwangslage, in der sich der Bedrohte befindet, ist in beiden Fällen dieselbe: Herannahen eines grösseren Uebels, Vorziehen des kleineren — der Abgabe der Willenserklärung — zwecks Abwendung des ersteren. Ein Unterschied liegt nun einmal in der Art der Stellung der Alternative seitens des Drohenden: in dem einen Fall verspricht er etwas Gutes, in dem anderen etwas Böses anzutun. Ein Unterschied ist sodann in der Beschaffenheit des Uebels zu finden, zu dessen Beseitigung der Bedrohte die geforderte Willenserklärung abgiebt: im Falle der Drohung im Sinne des § 123 I ist es ein solches, das von dem Drohenden zu bewirken ist; dieser will durch seine Tat oder die Tat eines Anderen, der nach seinem Willen tätig wird, dem Bedrohten den in Aussicht gestellten Nachteil zufügen, dadurch also seine Lage verschlimmern; im anderen Fall ist es dagegen ein Uebel, welches schon da ist, oder dessen Zufügung vom Willen und Handeln des Drohenden in keiner Weise abhängig ist, dessen Beseitigung oder Verhinderung[2]) das Bestimmende für die Abgabe der Willenserklärung ist. Diese Unterschiede, welche die getrennte Behandlung beider Tatbestände rechtfertigen, geben zugleich den Gesichtspunkt an, welcher gegen die strikte Durchführung des obigen Satzes von der Nichtberücksichtigung der Drohung mit Unterlassung (wenn es sich um die Anwendung des § 123 I handelt) in Betracht kommt. Um etwaigen Missverständ-

1) Dass die abgegebene Willenserklärung auch ein Uebel für den Bedrohten bedeuten soll, versteht sich von selbst, denn niemand wird sich erst durch Drohungen zu etwas ihm Günstigen bestimmen lassen.

2) Nicht das Nichtgeschehenlassen, denn das setzt voraus, dass auch die Bewirkung von dem Willen desjenigen abhängt, der im Stande ist, das Uebel nicht geschehen zu lassen.

nissen vorzubeugen, muss hier zuerst bemerkt werden, dass die oben § 2 besprochenen Fälle der Benutzung vorhandener Furcht nicht unter die hier in Frage stehenden Ausnahmen fallen. Jene Fälle haben gar nichts Gemeinsames mit den Drohungen mit Unterlassung; es handelt sich bei ihnen um wirkliche Drohungen, um die Alternative: Uebersichergehenlassen des angekündigten Uebels oder Abgabe der Willenserklärung bloss mit dem Unterschied, dass diese Alternative, was den ersten Teil derselben betrifft, nicht von dem Drohenden gestellt wird, sondern von dem Bedrohten selbst, dem Drohenden somit die Mühe erspart bleibt — ein Tatbestand, der alle Kennzeichen der dem § 123 I entsprechenden Drohung aufweist und nichts mit Drohung mit Unterlassung zu tun hat. Wie nun diese Fälle der Ausnützung vorhandener Furcht denjenigen der Furchterregung beigezählt werden, so werden auch manche Fälle der Drohung mit Unterlassung zu denjenigen wirklicher Drohung nach Analogie der Omissiv-Commissivdelicte gezählt. Und zwar sind es solche Fälle, in denen eine vorhergehende Tätigkeit des Drohenden sich mit der (angedrohten) Unterlassung zu einer rechtlichen oder tatsächlichen Einheit vereinigen lässt, d. h. wo der Drohende zur Vornahme der Handlung mit deren Unterlassung er droht, rechtlich verpflichtet ist oder die Unterlassung als eine einfache Fortsetzung der vorhergehenden Handlung erscheint [1]). So betrachtet, erscheint dann die Unterlassung, mit der gedroht wird, nicht als blosses Zusehen, wie der Andere leidet, sondern als Zufügen von Uebeln, als Verschlimmerung seiner Lage. Wenn A. ruhig da steht und sich weigert, dem ertrinkenden B. zu helfen, eventuell seine Hilfe von einer Belohnung abhängig macht, so hat man es mit einer Drohung mit echter Unterlassung zu tun; hat er dagegen übernommen in einem Kahn dem B. nachzufahren, um ihm nötigenfalls Hilfe zu reichen und nun, wenn B. sie braucht, droht dies zu verweigern und ihn seinem Schicksal zu überlassen, so wäre das eine Drohung mit unechter Unterlassung, denn in diesem Fall ist die Uebernahme der Helfepflicht und die Verweigerung der Hilfeleistung als Einheit zu betrachten und so wird die Lage des B. durch die Unterlassung insofern verschlimmert, als er sich plötzlich ohne Hilfe sieht, auf die er gerechnet hat und die er sich auch anderwärts verschafft hätte, wenn jene Uebernahme nicht

1) Vgl. Schliemann, l. c. S. 24.

erfolgt wäre — somit verschlimmert A. die Lage des B. durch sein Verhalten und Drohung mit einem solchen Verhalten ist Drohung im Sinne des § 123 I.

c) Die Drohung muss für die Abgabe der Willenserklärung causal gewesen sein, der Bedrohte muss durch sie „bestimmt worden" sein. Es kann nicht verlangt werden, dass sie die einzige Ursache der Abgabe gewesen sei; es genügt vielmehr, wenn sie eine notwendige Bedingung war, d. h. wenn deren Wegfall auch Wegfall der Abgabe der Willenserklärung bedeutet hätte. Die Causalität der Drohung ist immer quaestio facti und es lassen sich keine Regeln für deren Beurteilung aufstellen. Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf die Drohung beruft. Da die Bestimmung des Willens etwas Innerliches, der Wahrnehmung entzogen ist, so wird sich der Beweis darauf beschränken, Tatsachen, die einen Schluss auf die Bestimmung des Willens gestatten, anzugeben, die dann vom Richter nach freiem Ermessen zu würdigen sind. Der Richter wird zu fragen haben, ob es denkbar und wahrscheinlich ist, dass unter den vorliegenden Umständen mit Rücksicht auf die beiderseitigen Verhältnisse die Willenserklärung als mittels der Drohung hervorgerufen, angesehen werden kann.

d) Bei der blossen Causalität der Drohung darf man aber nicht stehen bleiben. Die Abgabe der Willenserklärung muss nicht bloss erfolgt sein, diese Abgabe muss vielmehr als Realisierung der Absicht des Drohenden erscheinen, es muss zwischen beiden ein „subjektives Zweckverhältnis" vorhanden sein [1]). Strafrechtlich gesprochen muss der Bedrohte von dem Drohenden zu der Abgabe der Willenserklärung angestiftet sein. Es muss daher der Drohende den Vorschlag zum Rechtsgeschäfte, zur Abgabe der Willenserklärung gemacht haben, d. h. er macht zur

1) Vgl. Kohler, l. c. S. 15. Der eine Satz nämlich muss unter allen Umständen aufrecht erhalten werden, dass zwischen der Vergewaltigung und dem Rechtsgeschäfte nicht nur ein objektives Kausalitäts-, sondern ein subjektives Zweckverhältnis vorhanden sein muss; denn andernfalls ist durch die Gewalttat zwar eine Notlage geschaffen, aus welcher weitere Notlageverhältnisse hervorgehen, aber es fehlt der Gewalttat das Charakteristicum des Metus illatus, es fehlt das Charakteristicum, welches die Herbeiführung der Zwangslage zum Metus erhebt — denn der Metus illatus ist nicht etwa blosse Notlageerzeugung, nicht blosse Bedrückung der Individualität, sondern er ist Einwirkung zu einem bestimmten Zweck". Hölder, Kommentar S. 272. „Die Drohung muss ihn (den Bedrohten) bestimmt haben in Gemässheit des Willens ihres Urhebers".

Bedingung der Nichtzufügung des angedrohten Uebels die Abgabe der Erklärung seitens des Bedrohten. Selbstverständlich darf dieses Erfordernis nicht so verstanden werden, als ob der Drohende immer seine Drohung in Form eines bedingten Satzes auszusprechen hätte. Ebenso wie er seine Drohung nur indirekt zu erkennen geben, kann er auch nur indirekt der Initiator zum Rechtsgeschäft sein, während scheinbar der Vorschlag zu dessen Abschluss von dem Bedrohten ausgeht. Es wird sich in jedem einzelnen Fall aus den Umständen ergeben, ob der Drohende die Willenserklärung auch erzwungen hat. Damit von Anfechtbarkeit wegen Drohung die Rede sein kann, muss also bei dem Drohenden die Erpressungsabsicht vorhanden sein und diese muss er in irgend einer Weise, sei es direkt, sei es indirekt, betätigt haben. Diese Absicht muss realisiert sein, wenn man von einem erzwungenen Geschäft zu sprechen berechtigt sein soll. Nimmt der Bedrohte etwa ganz anderes vor, als das zu dem der Drohende ihn hat bestimmen wollen, so kann er sich nicht auf die Drohung berufen und das von ihm vorgenommene anfechten; ebenso wie man denjenigen nicht strafrechtlich verantwortlich machen kann, der den X. angestiftet hat, den A. zu töten, wenn der X. statt A, dessen Bruder B., der sein Feind ist, tötet, obwohl die Anstiftung den Entschluss bei ihm hervorgerufen haben mag. Es ist nicht erforderlich, dass der Drohende die Erpressungsabsicht von Anfang an gehabt hat. Sie kann später nach erfolgter Drohung hinzukommen, nur muss sie auch in diesem Fall betätigt werden, denn das Bewusstsein des Drohenden allein, die Willenserklärung erfolge auf Grund der Drohung, genügt nicht, dieselbe als erzwungen zu betrachten[1]). Aus diesem Grunde hat man es in Fällen wie die der §§ 303, 384, 1220, 1234 des BGB trotz des Wortlauts nicht mit einer Drohung zu tun, eben weil in diesen Fällen die Absicht, den Bedrohten zu etwas zu zwingen, seinen

1) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch I, S. 182. „Es genügt also nicht — — dass der Drohende die Willenserklärung in dem Bewusstsein, dass sie durch die Drohung herbeigeführt ist, acceptierte, sondern die Initiative zu dem Rechtsgeschäft muss von dem Drohenden ausgehen.“ Kohler, l. c. S. 35. „Der Vergewaltiger muss, wenn die Gewalt nicht zum vorweg auf Erpressung abzielt, nachträglich die Initiative ergreifen, weil nur durch solche Initiative die Zwangswirkung zur Zweckwirkung wird; eine solche Initiative liegt allerdings auch dann vor, wenn er feilscht oder eine Erhöhung der angebotenen Summe begehrt, — denn hier liegt die Initiative zwar nicht in der ursprünglichen Summe, aber in dem Augmentum.“

Willen bei ihm durchzusetzen, bei dem Drohenden fehlt. Wenn der Pfandgläubiger verpflichtet ist, den Verkauf der verpfändeten Sachen, zu dem er berechtigt ist, dem Schuldner anzudrohen (1234), so ist das eine Vorschrift, die lediglich zu Gunsten des Pfandschuldners getroffen ist; und wenn der Gläubiger mit dem Verkauf droht, so handelt es sich nur um die einfache Mitteilung an den Schuldner, dass er noch seine Sache retten kann, nicht aber will der Pfandgläubiger seinen Schuldner zur Bezahlung der Schuld zwingen. Und wenn daraufhin der Schuldner seine Schuld bezahlt, so ist für diese Bezahlung zwar die Drohung des Gläubigers causal gewesen, dennoch wird von einer Erzwingung im Sinne des § 123 keine Rede sein können, eben weil jenes subjektive Zweckverhältnis zwischen Drohung und Bezahlung fehlt. Die gegenteilige Ansicht[1]) beruht wohl auf einem Missverständnis des Grundes der gesetzlichen Vorschrift über Zwang, indem sie viel zu grosses Gewicht der für das rechtsgeschäftliche Handeln einer Person von Bedeutung gewesenen, Furcht beimisst. Nicht aber gegen die Furcht wendet sich das Gesetz — jeder kann Furcht haben, aber auf eigene Rechnung — sondern gegen die Willensbestimmung durch Drohung. Wäre das erstere richtig, so müsste man alle aus Furcht abgegebenen Willenserklärungen für mangelhaft erklären und nicht bloss bei denjenigen stehen bleiben, die von dem Gegner mit dem Bewusstsein der bestimmenden Wirkung der Furcht angenommen werden, umsomehr als dieses Bewusstsein als etwas für die übrigen Menschen nicht wahrnehmbares, nicht bewiesen werden kann. Freilich ist auch die Absicht, den Anderen zu etwas zu bestimmen, gleichfalls dem Innern angehörend; diese muss sich aber in äusseren Vorgängen kundgeben, indem der Drohende die Initiative zum Rechtsgeschäft, wenn auch versteckt, ergreift und diese äusseren Begebenheiten sind eines Beweises sehr wohl fähig, sie sind ausserdem imstande, dem Richter Anhaltspunkte für die Annahme jener Absicht zu geben.

e) Fasst man das Verhältnis des § 123 I zu § 138 BGB ins Auge, so ist die erste Frage, die dabei zu entscheiden ist, die, ob der § 138 den § 123 I ausschliesst und zwar zuerst nicht in

1) Vgl. Hölder, Kom. S. 272. „Die Initiative zum Rechtsgeschäft braucht nicht vom Drohenden auszugehen. Erscheint in meiner Wohnung ein Mensch, dem ich wegen seines gefährlichen Aussehens sofort eine bedeutende Gabe anbiete, so kann ich die Zuwendung wegen Drohung anfechten, wenn er sie mit dem Bewusstsein genommen hat, ich hätte sie nicht vollzogen, wenn ich nicht gefürchtet hätte, andernfalls durch ihn vergewaltigt zu werden."

dem Sinne, ob beide Tatbestände sich gegenseitig ausschliessen, so dass eine Gesetzeskonkurrenz nicht möglich ist, sondern nur in dem Sinne, ob, wenn ein Tatbestand beiden Paragraphen entspricht, auch beide Anwendung finden, was auf Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts hinauskommen wird, oder ob in solchen Fällen nur § 123 I als Spezialbestimmung gegenüber dem § 138 zur Anwendung kommt. Das letztere hat Hölder in seinem Kommentar behauptet. Nach ihm soll es selbstverständlich sein, dass die Nichtigkeit der unsittlichen Rechtsgeschäfte nur dann eintritt, wenn nicht das Gegenteil bestimmt ist, so dass aus der Bestimmung des § 123 I, dass erzwungene Willenserklärungen anfechtbar sind, die Folgerung gezogen wird, dass sie es bleiben, auch wenn das vorliegende Geschäft unsittlich und daher nach § 138 nichtig sein würde[1]). Auffallenderweise wird dieser Selbstverständlichkeit keine Rechnung getragen, als es sich um das Zusammentreffen von § 138 II und § 123 I handelt, sondern hier wird behauptet[2]), dass, wenn das Geschäft ein wucherisches ist, so ist es auch als solches nichtig, ohne Rücksicht darauf, dass es ein durch Drohung erzwungenes war und es daher zur Nichtigkeit einer Anfechtung nicht bedarf.

Nun ist es aber für die Ungiltigkeit des unsittlichen Rechtsgeschäftes ohne Belang, wie dasselbe zustande gekommen ist; das Geschäft als solches verstösst gegen die guten Sitten und ist daher nichtig. Das durch Drohung erzwungene Rechtsgeschäft braucht als solches nicht unsittlich zu sein: es ist zwar im gewissen Sinne auch als unsittlich zu bezeichnen, diese Unsittlichkeit ist aber eine äusserliche[3]) und liegt in der Bestimmung des

1) Kom. S. 306. „Es versteht sich von selbst, dass die Giltigkeit eines gegen eine sittlich verbindliche Sitte verstossenden Rechtsgeschäftes nur insoweit von Rechtswegen ausgeschlossen ist, als sie nicht durch das Recht bestimmt ist. Wenn daher auch z. B. das durch Täuschung oder Drohung herbeigeführte Rechtsgeschäft ein Geschäft jener Art wäre, so wäre doch durch die gesetzliche Bestimmung seiner Anfechtbarkeit die Anwendung unseres § auf dasselbe ausgeschlossen."

2) l. c. 306. „Ohne durch Drohung oder Täuschung bedingt zu sein, kann sie (d. h. die Ausbeutung) doch insbesondere vermittels solcher geschehen, und wenn ein Geschäft neben der Eigenschaft eines durch Drohung oder Täuschung zu Stande gekommenen die Eigenschaft eines wucherischen hat, so ist es in dieser Eigenschaft nichtig, so dass es zum Ausschlusse seiner Geltung nicht der Anfechtung bedarf, zu der in Ermangelung seiner Nichtigkeit jene Eigenschaft desselben berechtigen würde."

3) Vgl. Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 30. „Fraus, Dolus und

fremden Willens; für die rechtliche Beurteilung des einzelnen Geschäftes kommt sie überhaupt gar nicht in Betracht. Die erste der oben angeführten Behauptungen von Hölder könnte also nur richtig sein, wenn unter Unsittlichkeit der erzwungenen Rechtsgeschäfte, eben diese äussere Unsittlichkeit zu verstehen wäre — dies wäre aber eine Verwechselung der Unsittlichkeit des Geschäftes selbst mit einer Unsittlichkeit, die mit dem Geschäftsinhalte als solchen prinzipiell nichts zu tun hat. In diesem Sinne ist ja auch Unsittlichkeit von Hölder nicht gemeint, sondern in dem richtigen Sinn, dass das Geschäft selbst unsittlich ist. So verstanden (und anders kann man sie auch nicht verstehen) kann jene Behauptung nicht als richtig bezeichnet werden. Was für das wucherische Geschäft gelten soll, dass es immer nichtig ist, gleichgiltig ob durch Täuschung oder Drohung hervorgerufen, gilt für jedes unsittliche Rechtsgeschäft überhaupt; das Rechtsgeschäft ist schon vermöge seiner Eigenschaft als unsittliches Geschäft nichtig, ohne Rücksicht darauf, ob es im übrigen anfechtbar wäre oder nicht; die Nichtigkeit als das stärkere Mittel, dessen sich die Rechtsordnung zur Bekämpfung der ihr zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte bedient, schliesst die Anfechtbarkeit in sich und macht sie überflüssig.

Was sodann die Frage betrifft, ob beide Tatbestände § 138 und 123 I sich gegenseitig ausschliessen, so ist zu unterscheiden zwischen § 138 I und 138 II. Diese beiden unterscheiden sich dadurch von einander, dass nach § 138 I immer zu prüfen ist, ob denn das vorliegende Rechtsgeschäft auch wirklich gegen die guten Sitten verstösst, während für die Fälle des § 138 II diese Frage schon von dem Gesetz gelöst ist und es also nur zu fragen ist, ob der Tatbestand des § 138 II gegeben ist. Fragt man nun zuerst nach dem Verhältnis des § 123 I zum § 138 I, so ist es gleich zu sagen, dass man hier abgesonderte Gebiete, wo jeder Paragraph allein Geltung hätte, nicht unterscheiden kann. Es kann hier selbstverständlich nicht der Ort sein, zu untersuchen, was ein unsittliches Geschäft ist. Es genügt bloss, bemerkt zu werden, dass es dabei auf den Inhalt desselben ankommt, nicht auf die Motive, die zum Abschluss des Rechtsgeschäftes ge-

---

Metus sind Umstände, die sozusagen von aussen her einen Vertrag mit Immoralität inficieren. Diese moralische Schadhaftigkeit kann aber ein Vertrag auch in sich selber tragen, nämlich durch seinen Inhalt haben, einerlei wie er zu Stande gekommen, und einerlei welchem Zweck er zu dienen bestimmt ist". Diese letztere moralische Verwerflichkeit kommt beim § 138 in Betracht.

führt haben. Dabei wird wohl ein näher bestimmtes Verhältnis des Geschäftsinhalts zu der Unsittlichkeit erforderlich sein und nicht eine jede Beziehung zum Unsittlichen, welche das Geschäft hat, wird als genügend zu betrachten sein, damit dasselbe nach § 138 I nichtig ist. Wenn es aber auf den Inhalt ankommt, auf dessen Verhältnis zu der Moral, so ist es nicht einzusehen, warum ein so geschaffenes Rechtsgeschäft, welches nach § 138 I nichtig ist, nicht auch durch Drohung erzwungen werden kann, wie es denn auch durch Täuschung herbeigeführt und auch freiwillig eingegangen werden kann. Eine Gesetzeskonkurrenz[1]) ist also zwischen § 123 I und 138 I sehr wohl möglich.

Bei dem Verhältnis zwischen § 123 I und § 138 II könnte man dagegen meinen, dass es möglich ist, von vornherein zu bestimmen, was unter dem ersteren und was unter dem letzteren Paragraphen zu subsummieren ist, und zu sagen, dass was dem einen Tatbestand entspricht, ausschliesslich aus dem Gesichtspunkt der Drohung, was dagegen dem andern entspricht, aus dem der Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit und des Leichtsinns des anderen zu behandeln ist. Die Bejahung der Frage wäre natürlich von grosser praktischer Bedeutung. Sagt man z. B., was Ausbeutung wirtschaftlicher Notlage ist, fällt nur unter den § 138 II, so dass für dieselbe jede Betrachtung vom Standpunkt des § 123 I aus überhaupt ausgeschlossen ist, auch wenn es sich scheinbar um durch Drohung erzwungene Geschäfte gehandelt haben soll, so werden viele solche Geschäfte giltig sein müssen, wenn es sich zwar um Ausbeutung der Notlage gehandelt, das Merkmal der Uebermässigkeit aber gefehlt hat. Es droht z. B. der Gläubiger mit Einklagung der Forderung und bestimmt auf diese Weise den Schuldner, ihm mehr Zinsen zu versprechen als er bis dahin hatte zahlen müssen, ohne dass jedoch darin ein „auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung" erblickt werden kann; wäre jene Annahme richtig, so könnte der Schuldner sein Zinsversprechen auf grund des § 123 I nicht anfechten, weil man es hier eben mit Ausbeutung seiner wirtschaftlichen Notlage zu tun hätte und für diese nur § 138 II in Betracht kommt; dieser aber fände auf den angeführten Fall keine Anwendung, weil jene Uebermässigkeit, welche der § 138 II fordert, fehlt. Der § 138 II erklärt für nichtig das Rechtsgeschäft, welches unter Ausbeutung

1) Oder Idealkonkurrenz, wie der herrschende strafrechtliche Ausdruck lautet.

der Notlage, des Leichtsinns und der Unerfahrenheit dem einen Teil oder einem Dritten Vermögensvorteile verschaffen soll, welche im auffälligen Missverhältnis zu der Gegenleistung stehen. Für unsere Betrachtung scheidet die Ausbeutung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit aus, denn die Fälle solcher Ausbeutung haben mit denjenigen der Drohung nichts Gemeinsames. Dagegen werden die Fälle der Ausbeutung der Notlage und die der Drohung das Gemeinsame haben, dass sie auf ähnliche Weise zustande kommen. Der psychologische Zustand des Ausgebeuteten und des Gezwungenen wird derselbe sein; in beiden Fällen sieht er sich zwischen zwei Uebeln gestellt, von denen er das eine wählen soll, nur dass im ersteren Fall (Ausbeutung) mit der Eingehung des Rechtsgeschäftes das bisher bestehende Uebel beseitigt wird, im zweiten dagegen soll die Eingehung des Rechtsgeschäftes dazu dienen, ein drohendes Uebel von sich fernzuhalten. Man sieht, es ist derselbe Unterschied, der zwischen § 123 I und Drohung mit Unterlassung besteht. Und in der Tat, damit eine Notlage ausgebeutet werden kann, ist es erstes Erfordernis, dass sie überhaupt da ist, und zwar muss sie wirklich vorhanden sein; es genügt nicht, dass jemand sich einbildet, er befinde sich in einer Notlage, denn in einem solchen Fall hätte man es nicht mit Ausbeutung der Notlage, sondern mit Ausbeutung der Dummheit eines andern zu tun — eine Ausbeutung, die im § 138 II nicht erwähnt ist. Ein Vorbehalt wäre übrigens dahin zu machen, dass es sich möglicherweise um Ausbeutung der Unerfahrenheit handeln kann, was aber schon Betrug wäre. Die Notlage wird nun so ausgebeutet, dass derjenige, der aus derselben helfen kann, seine Hilfe von Gegenleistungen abhängig macht, die nach den Umständen als unverhältnismässig gross erscheinen. Unter Ausbeutung der Notlage kommt das Rechtsgeschäft zustande, wenn diese das Bestimmende für den in der Notlage sich Befindenden gewesen ist. Ein Verschulden des Ausbeuters, etwa Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Ausbeutung der Notlage, wird ebenso wenig zu verlangen sein, als beim unsittlichen Geschäft Bewusstsein der Unsittlichkeit, moralische Verwerflichkeit der Gesinnung der Kontrahenten (oder des einen von beiden) verlangt werden kann. Da nun eine Notlage vorhanden sein muss, so ist es ausgeschlossen, dass § 138 II und § 123 I zusammentreffen, eine Gesetzeskonkurrenz ist unmöglich; denn die Notlage selbst ist es, die den Abgeber der Willenserklärung zum Abschluss des Ge-

schäftes treibt und es bedarf einer Drohung seitens des anderen nicht. Damit ist aber nicht gesagt, dass jemand nicht drohen kann, indem er auf die besondere Lage des Bedrohten rechnet; dies wird ja immer der Fall sein, dass der Drohende irgend welche günstige Umstände benutzt, dass es nicht seine Drohung allein, sondern nur in Verbindung mit jenen Umständen ihr Ziel erreicht. So muss beispielsweise der mit Gewalt Drohende stärker sein als der Bedrohte, soll seine Drohung den Bedrohten bestimmen. Nun dürfen aber diese für den Drohenden günstigen, für den Bedrohten dagegen ungünstigen Umstände nicht derart sein, dass sie schon an und für sich auf den Bedrohten drückend und nachteilig wirken, so dass dieser trachten muss, auf diese oder jene Weise sich Erleichterung zu verschaffen; sobald dies der Fall ist, kann man erst von einer Notlage reden und wird dann mit Verweigerung der Hilfe gedroht, so hat man es mit Ausbeutung der Notlage und nicht mit Drohung zu tun. Die Lage, die der Drohende (bei der echten Drohung) vorfindet, ist anders geartet; die günstigen und ungünstigen Momente, die für die Lage des Bedrohten massgebend sind, halten sich gegenseitig die Wage; um sein Ziel durchzusetzen, muss er also drohen, d. i. eine Verschlimmerung der Lage in Aussicht stellen und zwar eine solche, die der Bedrohte unbedingt verhindern muss und bereit ist, dafür den geforderten Preis — die Abgabe der Willenserklärung — zu bezahlen; deshalb wird als Begriffsmerkmal der Drohung u. a. auch das Erfordernis aufgestellt, dass die Verwirklichung der Drohung ein Eingriff in die befriedeten Rechtsgüter des Bedrohten, eine Verschlimmerung seiner Lage bedeuten muss. Insofern kann man getrennte Gebiete für die Geltung beider §§ 138 II und 123 I unterscheiden, indem das, was Drohung ist, nicht Ausbeutung der Notlage sein kann und umgekehrt; und es ist bei der Anwendung des § 123 I immer zu fragen, welcher Art das angedrohte Uebel war, ob dessen Zufügung eine Verschlimmerung der bisherigen Lage des Bedrohten bedeutete und zwar soll diese Verschlimmerung eine Folge des Tuns des Drohenden (oder eines anderen, der für den Ersteren tätig ist) sein, nicht aber die Folge seines Nichtstuns; denn die Lage desjenigen z. B., der seine Ehrenschuld nicht bezahlen kann, wird sicher schlechter infolge der Weigerung des Wucherers, ihm das nötige Geld zu leihen, denn dann kann seine Lage hoffnungslos werden, wenn er sich an niemand anderen wenden kann, trotzdem aber wird in einem solchen Fall von Drohung

keine Rede sein können. Dieses Beispiel zeigt, dass man es in den Fällen der Drohung mit Ausübung oder Nichtausübung eines subjektiven Rechtes, in der Regel mit einer Drohung im Sinne des § 123 I nicht zu tun hat[1]), wenn nämlich keinerlei Beziehungen und Rechtsverhältnisse auf grund des betreffenden Rechtes zwischen Drohenden und Bedrohten bestehen, m. a. W. wenn der Bedrohte nicht als Verpflichteter gerade aus dem Rechte mit dessen Ausübung gedroht wird, dem Drohenden gegenübersteht. In solchen Fällen, wo die Kontrahenten sich fremd gegenüber stehen, handelt es sich um Vertragsofferten, um Bedingungen, die jeder Kontrahent aufstellen kann, wenn mit dem Rechte „gedroht" wird. Ist die von dem einen gestellte Offerte mit ihren Bedingungen dem anderen recht, so kommt das Geschäft in schönster Eintracht zustande und von einer Drohung kann überhaupt nicht die Rede sein. In der Tat wird auch niemand daran zweifeln, dass wenn der Kaufmann seine Ware nicht unter Hundert verkaufen will, oder der Hauseigentümer nur gegen einen bestimmten Mietzins sein Haus vermietet, dass man es dann mit Drohungen nicht zu tun hat. Allerdings kann die Lage beider Kontrahenten eine verschiedene sein; aber die Notlage, die jemanden zwingt seine Uhr zu versetzen oder sein Haus zu verkaufen, ist noch kein Grund, um das Darlehens- bezw. das Kaufgeschäft für nichtig zu erklären; erst wenn die näheren Voraussetzungen des § 138 II gegeben sind, sind dergleichen Geschäfte nichtig. Es ensteht nun die Frage: sind diejenigen Fälle anders zu beurteilen, bei welchen zwischen Drohenden und Bedrohten ein Rechtsverhältnis besteht, und der erstere mit der Ausübung gerade des Rechtes, das ihm aus dem Rechtsverhältnisse zusteht, droht. Es droht z. B. der Gläubiger mit Einklagung der Forderung und eventuell mit Zwangsvollstreckung und bestimmt dadurch den Schuldner, dass dieser ihm sein Haus verkauft; kann der Kaufvertrag von dem Schuldner angefochten werden? Zunächst scheiden aus dem Geltungsbereiche des § 123 I die Fälle aus, in welchen der Inhaber des subjektiven Rechtes gar nicht droht, also der Schuldner im angeführten Beispiel bietet selbst dem Gläubiger sein Haus zum Kaufe an, um dadurch seine Schuld bezahlen zu können und der

1) Schon deshalb nicht, weil in solchen Fällen die Initiative nicht vom „Drohenden" ausgehen wird, die Absicht, den Willen des Anderen zu bestimmen, fehlen wird. Nicht ausgeschlossen ist es aber, dass derjenige, der ein Recht hat, wirklich mit dessen Ausübung drohen kann (darüber unten).

Klage und Zwangsvollstreckung zu entgehen. Ueberhaupt alle Fälle gehören hierher, in welchen die Initiative von demjenigen ausgegangen ist, der die Willenserklärung abgegeben hat; in diesen Fällen kann man demnach nur fragen, ob das auf diese Weise zu stande gekommene Rechtsgeschäft nicht inhaltlich dem Tatbestand des § 138 entspricht und somit nichtig ist, nicht aber ob es nach § 123 I anfechtbar ist. Ergreift dagegen der Inhaber des Rechts die Initiative und droht mit der Ausübung desselben, um dadurch den andern zu irgend etwas zu bestimmen, so ist es vor allem klar, dass seine Drohung nur dann von Wirkung sein kann, wenn sie sehr starke Bundesgenossen bei dem Bedrohten vorfindet. Drohung mit Kündigung einer Hypothek z. B. bedeutet für den, der Geld hat, kein Uebel; ein sehr empfindliches Uebel ist sie dagegen für denjenigen, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Das ist nun allerdings nicht bloss in diesen Fällen so, sondern überhaupt in allen Fällen der Drohung. Die Frage ist hier vielmehr die: was ist das Primäre, die Drohung oder jene Situation des Bedrohten, die dieselbe möglich macht; ist das Hauptgewicht auf die Drohung, also Kündigung, Klage, Zwangsvollstreckung u. s. w., oder aber auf die ungünstige Lage desjenigen, dem gekündigt werden soll, zu legen? Mit anderen Worten: haben wir es in dergleichen Fällen mit Drohung oder mit Ausbeutung der Notlage zu tun? Sicher ist es jedenfalls, dass von Notlage nicht bloss dort die Rede sein kann, wenn jemand in Lebensgefahr schwebt, sondern dass man dabei gerade die wirtschaftliche Notlage im Auge hat, die eben, wie wir gesehen haben, vorhanden sein muss, damit mit Ausübung des Rechtes gedroht werden kann. Andererseits liesse sich bestreiten, dass jene Drohungen wirkliche Drohungen sind, dass sie Zufügung eines Uebels, Verschlimmerung der Lage des Bedrohten bedeuten. Wer Schuldner ist, so ist er durch die Klage des Gläubigers nicht schlimmer daran; darin besteht ja seine Schuldnerschaft, dass er einmal zahlen muss und eventuell auf Zahlung verklagt wird; wenn er nun nicht zahlen kann und sich von einem dritten das nötige Geld geben lässt (ohne ausgebeutet zu werden), soll dann das so zustande gekommene Darlehensgeschäft ein durch Drohung erzwungenes sein (wenn der Gläubiger gedroht hat, verschaffe mir das Geld, nimm eventuell ein Darlehen auf, oder ich klage)? Wem ferner der Dienstvertrag gekündigt wird, kann nur dann von Verschlimmerung seiner Lage reden, wenn er auf ewige Zei-

ten den Vertrag abgeschlossen hat, was im heutigen Rechte nicht möglich ist; ist aber der Vertrag nur auf Zeit, auf Kündigung geschlossen, so kann in der Kündigung kein Uebel, das den Gegenstand einer Drohung nach § 123 I bilden kann, erblickt werden. Wenn trotzdem die Kündigung für manchen sehr empfindliche Nachteile mit sich bringt, so liegt das sicher nicht in der Kündigung selbst, sondern in der ungünstigen Lage, in der er sich befindet, in der Unmöglichkeit, anderwärts Beschäftigung zu finden, und in der Notwendigkeit, eine Beschäftigung zu haben. Aehnlich verhält es sich in allen Fällen, wo mit Ausübung eines Rechtes dem aus dem Rechte Verpflichteten gegenüber gedroht wird.

Endlich wird es unmöglich sein, in derartigen Fällen beides anzunehmen: sowohl Drohung nach § 123 I als Ausbeutung der Notlage nach § 138 II. Man könnte nämlich auch so argumentieren. Der wirtschaftliche Kampf ist heute freigegeben. Es darf z. B. jedermann nach freier Wahl Dienstverträge abschliessen und wieder auflösen (natürlich unter Einhaltung einer Kündigungsfrist oder auch ohne solche, wenn wichtige Gründe vorliegen); man darf dabei einen Lohn vereinbaren, welchen man will: der Arbeitgeber darf denselben möglichst niedrig, der Arbeitnehmer möglichst hoch vereinbaren. Ebenso ist es demjenigen, der Geld hat, freigestellt, sein Geld auszuleihen oder nicht, und wenn ja, Zinsen zu verlangen so viel er will u. s. w. u. s. w. Jeder darf von Rechtswegen das für ihn Günstigste tun und das Ungünstige unterlassen. Freilich ist es mit dieser Freiheit auf wirtschaftlichem Gebiete in Wirklichkeit etwas anders bestellt; hier tritt sie wohl öfters als die möglichste Unfreiheit auf. Dies hat denn der Gesetzgeber auch eingesehen und so sind die §§ 123 I und 138 II da, um die Folgen jener Freiheit etwas zu mildern. So dass man da, wo ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht vorhanden ist, Drohung anzunehmen hat und also blosse Anfechtbarkeit des Geschäftes, wo dagegen dasselbe vorliegt, § 138 II Anwendung zu finden hat und das Geschäft nichtig ist. Dies wäre aber eine unzulässige Annahme, denn hat man es in den betreffenden Fällen mit Drohung zu tun, so ist auch überall Drohung anzunehmen, auch da wo die Gegenleistung unverhältnismässig gering ist; denn nur daraufhin, dass Leistung und Gegenleistung nicht im richtigen Verhältnis zu einander stehen, ist noch kein Grund anzunehmen, dass die Voraussetzungen des § 138 II gegeben sind; dieser erfordert noch, dass

eine Notlage vorhanden war und diese ausgebeutet wurde. Derjenige z. B., der eine Wechselprolongation sich mit 200% Zinsen bezahlen lässt, indem er mit Zwangsvollstreckung droht, hätte nur gedroht und nicht die Notlage seines Schuldners ausgebeutet, das Versprechen wäre somit nur anfechtbar. Andererseits wenn man die Anwendung des § 138 II in solchen Fällen bejaht, müsste, falls die Uebervorteilung nicht stattgefunden hat, z. B. für die Prolongation wurden nur angemessene Zinsen versprochen, die Notlage nur deshalb wegfallen (denn ihr Vorhandensein ist mit dem Begriff der Drohung unvereinbar), weil die Uebervorteilung fehlt. Das Vorhandensein aber, oder das Nichtvorhandensein dieser Notlage kann nicht davon abhängig sein, was infolge derselben zwischen den Parteien vereinbart wird. So kann man denn behaupten, dass die Fälle des Inaussichtstellens der Ausübung eines subjektiven Rechtes dem Verpflichteten gegenüber nicht Fälle der Drohung im Sinne des § 123 I darstellen, sondern von andern Gesichtspunkten aus zu beurteilen sind[1]).

Wie aber schon oben angedeutet, ist dieser Vorbehalt, dass die Drohung sich gegen den Verpflichteten richten muss, durchaus notwendig, denn es ist nicht undenkbar, dass man durch die Ausübung eines Rechtes jemand ein Uebel zufügt, die Drohung mit der Ausübung somit eine Drohung im Sinne des § 123 I ist. Man denke sich etwa den Fall, dass jemand die Schwester seines

1) Vgl. Rehbein, das BGB mit Erläuterungen I S. 145. „Das Stellen der Alternative ist auch in diesen Fällen nicht widerrechtlich, obwohl ein Rechtsanspruch auf die Herabsetzung, Leistung, Verzinsung, höhere Verzinsung, Sicherung, Lohnerhöhung nicht besteht, weil ein Recht auf Klageerhebung, Kündigung besteht, der Gegner kein Recht auf Nichtausübung dieses Rechtes hat, die Stellung der Alternative nichts anderes in sich schliesst als die Proposition des Verzichtes auf das Recht gegen eine Leistung seitens des anderen oder die Proposition eines Vergleiches oder neuen Vertrags. Zu beachten ist nur, dass nicht § 226 oder § 138 II vorliegen darf, bei dem aber der Begriff der Drohung ausscheidet.“ Der Nachdruck ist wohl auf den zweiten Teil der Ausführung zu legen, darauf, dass in dem Stellen jener Alternative gar keine Drohung im Sinne des § 123 I zu erblicken ist; denn der Umstand, dass man ein Recht hat, die angedrohte Handlung vorzunehmen, macht die Bestimmung des Willens noch nicht rechtmässig. Vgl. Rehbein selbst S. 144. „In solchen Fällen und wo der Drohende das, was er zu fordern hat, von einem Nichtverpflichteten sich verschaffen will, oder etwas anderes sich verschaffen will, als er zu fordern hat, wird die Drohung durch den Zweck widerrechtlich und es kommt darauf nicht an, ob die Drohung ohne diesen Zweck berechtigt sein würde.“

Schuldners dadurch zur Eingehung der Ehe zwingt, dass er droht, dem Bruder die Hypothek zu kündigen; das Uebel, das hier angedroht wird, besteht dann in dem Schmerz, ihren Bruder wirtschaftlich ruiniert zu sehen. Die Ausübung des subjektiven Rechtes selbst, d. h. „jede Tätigkeit, zu welcher das Recht die Befugnis gibt“[1]), kann selbstverständlich niemals Drohung sein und Anfechtbarkeit nach § 123 I begründen. Qui jure suo utitur neminem laedit. Die Schranke setzt § 226 auf. Es ist wohl zu beachten, dass Ausübung eines Rechtes die Herstellung des tatsächlichen Zustandes bedeutet, der dem Rechte entspricht. Darauf bezieht sich auch der Satz juris executio non habet injuriam; aber auch nur darauf und nicht auch auf den Fall, wenn man mit der Ausübung droht, also dieselbe von irgend einem Verhalten eines dritten abhängig macht, denn das ist nicht mehr Ausübung des betreffenden Rechts. Diese Stellung der subjektiven Rechte rechtfertigt ihre getrennte Behandlung denjenigen Handlungen gegenüber, die, wie man sich auszudrücken pflegt, kraft allgemeiner Freiheit erlaubt sind. Die Drohung z. B., einen Verbrecher anzeigen zu wollen ist eine solche im Sinne des § 123 I, denn die Lage des angezeigten Verbrechers ist zweifellos schlechter als die desjenigen, dessen Verbrechen noch nicht entdeckt worden ist (vollends ist das bei den Antragsdelikten der Fall), die Anzeige ist somit ein Uebel, welches Gegenstand einer Drohung sein kann. Während Drohung mit Ausübung eines Rechtes nur ausnahmsweise eine nach § 123 I ist, ist die mit Ausübung einer derartigen erlaubten Handlung immer eine solche. Deshalb ist es gleichgiltig, ob man mit etwas Erlaubtem oder Unerlaubtem droht.

II. Die Widerrechtlichkeit.

§ 4. Uebersicht.

Damit eine durch Drohung erzwungene Willenserklärung anfechtbar ist, muss die Bestimmung des Erklärenden eine widerrechtliche gewesen sein. Trotz dem Wortlaut des § 123 I, dass die Willensbestimmung widerrechtlich sein muss, finden sich nicht selten die Formulierungen, es sei Voraussetzung für die Anwendung des § 123 I, dass die Drohung eine widerrechtliche gewesen ist[2]). Dies verstösst aber nicht bloss gegen den Wortlaut des

1) Wendt, Pandekten § 10.

2) Z. B. Rehbein, S. 142. „Nach § 123 I macht widerrechtliche Drohung die Willenserklärung, zu der der Bedrohte bestimmt worden ist, anfecht-

Gesetzes, sondern auch gegen dessen Sinn. Nicht das Drohen soll widerrechtlich sein. § 123 I richtet sich vielmehr gegen die durch Drohung erfolgte Willensbestimmung und „widerrechtlich" ist mit dem „bestimmt worden" in Beziehung zu setzen wie dies auch bei Enneccerus-Lehmann[1]), Matthias[2]), Cosack[3]), Hölder[4]) geschehen ist. Obwohl an sich die Beziehung widerrechtliche Bestimmung richtig ist, legen doch die genannten Schriftsteller dem Worte widerrechtlich die Bedeutung bei, dass das Gesetz dadurch eine gewisse positive Beschaffenheit der Bestimmung hat fordern wollen, welche Beschaffenheit sie dann zu bestimmen suchen.

§ 5. Widerrechtlichkeit der Willensbestimmung durch Drohung.

Nun ist aber die Widerrechtlichkeit der Willensbestimmung schon etwas an sich gegebenes; in der Bestimmung des fremden Willens liegt die Widerrechtlichkeit derselben (der Bestimmung) und zwar weil sie als solche vom positiven Recht bezeichnet ist. Diese Bezeichnung liegt allerdings nicht in dem Worte widerrechtlich, das in den Tatbestand des § 123 I aufgenommen ist. Das Wort widerrechtlich, das sich hier wie z. B. in § 823 I findet, bedeutet nicht, dass das, was in den Tatbeständen jener Paragraphen beschrieben ist, für widerrechtlich erklärt wird, sondern nur, dass es Ausnahmen davon geben kann — Fälle, in welchen

---

bar". Endemann, Lehrbuch 7. Aufl. I S. 315. „Die Drohung muss ausserdem eine widerrechtliche sein". Crome, Lehrbuch I § 95 S. 431. „Die Drohung muss aber widerrechtlich sein". . . . Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB S. 529. „Widerrechtlich ist nicht alles, was nicht durch Rechtssatz besonders gestattet ist. Da alles, was nicht verboten ist, als erlaubt gilt, so ist widerrechtlich nur die in irgend einer Weise verbotene Drohung". Blume, l. c. S. 253.

1) Das bürgerl. Recht I § 79 S. 183. „Das Gesetz fordert, dass der Bedrohte „widerrechtlich" durch die Drohung zur Willenserklärung bestimmt wurde; es fordert also nicht gerade eine widerrechtliche Drohung, sondern es fordert, dass der Drohende darin widerrechtlich handelte, dass er den Anderen durch Drohung zur Abgabe dieser Willenserklärung bestimmte. Die Beeinflussung, das durch Drohung zu dieser Handlung Bestimmen, muss widerrechtlich sein".

2) Lehrbuch I § 53 S. 196. „Endlich muss die durch Drohung bewirkte Bestimmung zur Abgabe einer Willenserklärung eine widerrechtliche sein".

3) Lehrbuch I S. 218. „Die Beeinflussung des Bedrohten muss widerrechtlich gewesen sein".

4) Kommentar S. 274. „Widerrechtlich muss durch die Drohung der Handelnde bestimmt worden sein, d. h. der Schuldige muss ihn durch die Drohung widerrechtlich bestimmt haben".

die Verletzung des Lebens u. s. w., sowie die Bestimmung durch Drohung nicht als widerrechtlich zu behandeln sind und also die Folgen, die gewöhnlich beim Vorliegen jener Tatbestände eintreten, in diesen Ausnahmefällen nicht eintreten sollen. Für den § 823 I ergibt sich das schon daraus, dass er unter der allgemeinen Ueberschrift „unerlaubte Handlungen" steht. Diese Ueberschrift schon deutet an, dass man es im Nachfolgenden mit verbotenen widerrechtlichen Handlungen zu tun hat. Ausserdem ist es an sich, begrifflich, widerrechtlich die Verletzung des Lebens, Körpers u. s. w. Wenn die Rechtsordnung diese Lebensgüter zu Rechtsgütern erhebt, so liegt darin auch das Verbot, dieselben zu verletzen, und dieses Verbot ist es, welches die Verletzung zu einer Widerrechtlichkeit macht. Das im Wortlaute des § 823 I beschriebene ist also an und für sich widerrechtlich und das weitere Erfordernis, das dort aufgestellt ist, dass die Verletzung widerrechtlich sein soll, kann demnach nur in dem Sinne verstanden werden, dass die Regel des Gesetzes nicht ohne Ausnahmen ist, und dass beim Vorhandensein jener Ausnahmen eine Ersatzpflicht nicht besteht. Unter anderem ist im § 823 I auch die Verletzung der Freiheit genannt. Was unter Freiheit zu verstehen ist, darüber herrscht keine Uebereinstimmung. Zu eng würde es sein, unter persönlicher Freiheit nur die Freiheit der Bewegung im Raume zu verstehen, woran man allerdings in erster Linie denkt, wenn man von Freiheitsverletzung spricht. Ebensowenig wird es zulässig sein, bei den Fällen des StGB stehen zu bleiben nur mit der Erweiterung, dass nach bürgerlichem Recht auch die fahrlässige Begehung der betreffenden Delikte als ersatzpflichtig nach § 823 I anzusehen ist; dies deswegen, weil das BGB nicht an das Strafrecht gebunden ist. Es bleibt Sache des Strafrechts, welche Arten der Freiheitsverletzung es bestrafen will; dagegen wo das BGB Ersatzpflicht wegen Freiheitsverletzung statuieren will, hängt mit der strafrechtlichen Frage nicht zusammen. Man wird also behaupten können, dass Freiheit im Sinne des § 823 I ausser der Freiheit der Bewegung auch noch die Freiheit der Willensentschliessung umfasst[1]). Wie Freiheit überhaupt das

1) Vgl. Dernburg, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes II S. 631. „Auf die strafgesetzlich bedrohten Vergehungen ist der Schutz des § 823 nicht zu beschränken. Fahrlässigkeit genügt in allen Fällen, deren das StrGB gedenkt. Widerrechtliche, schuldhafte Störung der Selbstbestimmung gehört ferner hieher, wenn sie auch nicht besonders strafrechtlich verpönt sein sollte, daher z. B. Zwang zur Ausübung der Wahl- und Stimmrechte oder des Gottes-

Fehlen von Hindernissen, so bedeutet auch die Freiheit der Willensbestimmung nicht irgend eine Freiheit des Willens, sondern das Fehlen von äusseren unsittlichen Einwirkungen auf die Willensentschliessung. Verletzung dieser Freiheit liegt somit dann vor, wenn eine derartige Einwirkung stattgefunden hat. Einer der Hauptfälle solcher Einwirkungen wird zweifellos der Fall sein, dass jemand durch eine Drohung zu irgend welchem Verhalten bestimmt wird. Die durch Drohung erfolgte Willensbestimmung ist also nach § 823 widerrechtlich, ist eine unerlaubte Handlung und wenn sie auch schuldhaft geschieht, verpflichtet sie zum Schadenersatz. Kehren wir jetzt zum § 123 I zurück, so ist die in demselben beschriebene Bestimmung durch Drohung auf Grund des § 823 grundsätzlich eine widerrechtliche, und das Wort widerrechtlich, das in dem Wortlaut des § 123 I enthalten ist, kann daher nur die Bedeutung haben, dass man doch nicht in allen Fällen die Bestimmung durch Drohung als widerrechtlich behandeln kann. Man kann also nicht sagen, die Bestimmung durch Drohung ist an sich nicht widerrechtlich, weil ja der § 123 I ausdrücklich verlangt, dass nur die widerrechtlich durch Drohung erfolgte Willensbestimmung Anfechtbarkeit der Willenserklärung begründen kann, denn diese Widerrechtlichkeit ist schon durch die Vorschrift des § 823 gegeben. Widerrechtlich kann wie im § 823 auch in § 123 I nur die Ausnahmen von der allgemeinen Vorschrift andeuten wollen. Dass die Ausnahmen gelten würden, auch wenn das Wort widerrechtlich nicht in dem Wortlaut des § 123 I enthalten wäre, ist selbstverständlich, ebenso wie selbstverständlich es ist, dass diese durch widerrechtlich angedeuteten Ausnahmefälle auch für die Bestimmung durch arglistige Täuschung Geltung haben, obwohl das Wort sich nicht darauf bezieht. Im Vorentwurf (§ 101) sowie im E I und E II bezog sich widerrecht-

dienstes oder Hinderung an solcher Ausübung, ferner Zwang bei Arbeitsausständen gegen Arbeitswillige". Crome, Lehrbuch II S. 1018. „Die Verletzung der Freiheit ist nicht blos Freiheitsentziehung im strafrechtlichen Sinne, sondern auch fahrlässige Freiheitsberaubung, wenn sie nur widerrechtlich ist; ferner zahlreiche Delikte, die das Strafrecht unter anderem Namen kennt, z. B. Menschenraub, Kindesraub, Entführung, Nötigung und überhaupt jede Störung der freien Willensbestimmung durch Gewalt oder durch Drohung". v. Liszt, Deliktsobligationen S. 24. „Freiheit im Sinne des BGB ist also die ungestörte Willensbestimmung überhaupt". Kuhlenbeck von den Pandekten zum BGB II S. 358. Planck, Kommentar zu 823, S. 607. Oertmann, Komm. S. 556.

lich auf beide Fälle der Einwirkung auf die fremde Willensentschliessung: durch Drohung sowie durch arglistige Täuschung. E I § 103 I: „Ist jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Erklärung anfechten.“ E II § 98 I: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder durch Drohung widerrechtlich bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“ Diese Fassung des Entwurfs II ist die korrektere gegenübeer derjenigen des Gesetzbuchs und weshalb die Reichstagskommission der Meinung gewesen ist, dass für Bestimmung durch arglistige Täuschung die Widerrechtlichkeit selbstverständlich ist, dagegen nicht für die Bestimmung durch Drohung, ist nicht ersichtlich. Dass die Widerrechtlichkeit schon in der Bestimmung durch Drohung an sich liegt und nicht ein positives Erfordernis zu bedeuten hat — dass man also zu fragen hat nicht, wann ist die Bestimmung widerrechtlich, sondern wann cessiert § 123 I wann sie rechtmässig ist — ergiebt sich auch aus der Vergleichung mit § 1335. Dieser lautet: „Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der zur Eingehung der Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist“. Die Widerrechtlichkeit ist ohne weiteres in der Bestimmung selbst enthalten und der Ehegatte wird immer die Ehe anfechten können, sobald er zur Eingehung derselben durch Drohung bestimmt worden ist[1]). Ja es kommt hier nicht einmal die negative Einschränkung in Betracht, die bei Bestimmung zur Abgabe von Willenserklärungen anderer Art in Betracht kommen könnte; z. B. beim Vorhandensein von Umständen, die eine Selbsthilfe erlauben, kann man den anderen, seine Selbsthilfe ausübend, auch durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung zwingen — was offenbar bei der Eheschliessung nie der Fall sein kann. Das Wort widerrechtlich hätte man also hier (1335) ruhig weglassen können, ohne dadurch den Sinn der Vorschrift des § 1335 zu verändern, ganz ebenso wie dies bei § 823 und 123 I geschehen könnte, denn es ist selbstverständlich, dass die speziellen Vorschriften von §§ 227—229 bezw. ein entsprechendes privates oder öffentliches Recht den generellen Vorschriften von 823 I und 123 I vorzugehen haben. Genau so ver-

1) Vgl. Hch. Buhl in der Heidelberger Festgabe für Bekker S. 164. „In Uebereinstimmung mit § 123 I verlangt der § 1335 auch, dass die Drohung widerrechtlich sei; dies wird sie aber immer sein, wenn dadurch der Bedrohte zur Eheschliessung genötigt worden ist.

hält es sich mit § 2078 II letzter Satz. Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser „widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist“ dieselbe zu erlassen. Auch hier sagt das Gesetz nicht mehr, als wenn es bloss gesagt hätte „durch Drohung bestimmt worden ist“.

Für eine solche Auslegung des Wortes widerrechtlich spricht sich auch Planck in der Abhandlung über den Begriff der Widerrechtlichkeit in § 123 aus[1]). v. Blume[2]) gibt eine solche Auslegung nicht zu. Denn „823 handele von Folgen der Verletzung subjektiver Rechte. Hier hat es seinen guten Sinn, wenn durch Hinzufügung des Erfordernisses der Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne die Fälle ausgeschieden werden, in denen die Rechtsverletzung im objektiven Sinne ausnahmsweise nicht zugleich objektiv widerrechtlich ist. § 123 aber beschäftigt sich gar nicht mit subjektiver Rechtsverletzung, sondern drückt der Drohung, die zur Herbeiführung einer Willenserklärung dienen soll, den Stempel der Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne auf. Wäre es nun richtig, dass die von § 123 geforderte „Widerrechtlichkeit der Drohung“ gleichfalls nur im objektiven Sinne zu verstehen ist, so würde § 123 sagen: die Drohung ist rechtswidrig, wenn sie rechtswidrig ist.“

Es ist nun zunächst nicht ganz klar, was man unter Rechtsverletzung im subjektiven Sinne zu verstehen hat. Auf den Verletzer kann sich dieses subjektiv nicht beziehen, denn dann wären wir ja bei der Frage der Verschuldung, die keine Rolle spielen kann bei der Bestimmung, ob eine Verletzung widerrechtlich ist oder nicht. Denn Widerrechtlichkeit ist zwar Voraussetzung für die Schuldhaftigkeit, nicht aber umgekehrt; nicht jede widerrechtliche Handlung ist auch zugleich schuldhaft begangen. Die Rechtsordnung kann nicht bestimmen die schuldhaften Handlungen seien widerrechtlich, sondern sie bestimmt nur, die und die Handlungen sind nicht vorzunehmen, sind verboten, widerrechtlich; wenn dann

1) Göttinger Festschrift für Regelsberger S. 161. „In demselben Sinn (d. h. wie § 823 I) ist der § 123 I auszulegen. Zur Begründung der Anfechtbarkeit genügt an sich die Bestimmung zu der Willenserklärung durch Drohung. Das Wort „widerrechtlich“ bedeutet hier wie in § 823 nicht eine besondere positive Qualifikation der Bestimmung; vielmehr hat dadurch nur ausgedrückt werden sollen, dass die Anfechtbarkeit ausgeschlossen sei, wenn im einzelnen Fall dem Drohenden das Recht zugestanden habe, den Anderen zu der Abgabe der Willenserklärung durch Drohung zu bestimmen“.

2) Iherings Jahrbücher Bd. 38, S. 245.

jemand dieselben trotzdem begeht, so handelt er widerrechtlich; ob auch schuldhaft, dies ergibt sich daraus, wie er sich zu dem Verbot der Rechtsordnung gestellt hat. Wie die Widerrechtlichkeit immer objektiv, so ist die Schuld immer subjektiv. Jemand hat schuldhaft gehandelt heisst nichts anderes, als dass er sich nicht an gewisse Pflichten gehalten, dass er sich zu denselben in Widerspruch gestellt hat. So handelt auf dem Gebiet der Moral derjenige schuldhaft, der die Pflichten, die ihm diese auferlegt, kennt und sie nicht erfüllt. Ebenso hat nur derjenige seine Vertragspflichten schuldhaft verletzt, der dieselben kannte und ihnen trotzdem nicht Genüge getan hat. „Der Schuldner muss die aus dem Schuldverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen kennen und ausserdem die Verletzung dieser Pflichten als den Erfolg seines Handelns voraussehen“[1]). Das letztere ist die notwendige Voraussetzung für die Pflichtverletzung, denn man kann eben nur auf diese Weise seine Pflichten verletzen, dass man etwas tut, was dagegen verstösst, und dass man dies vorausgesehen haben muss, versteht sich von selbst, wenn überhaupt von bewusster schuldhafter Pflichtverletzung die Rede sein kann. Diese bewusste Pflichtverletzung ist der Vorsatz. Das Recht kann sich aber damit nicht begnügen, dass es von den Rechtsgenossen nur verlangt, sie sollen sich nicht bewusst und mit Ueberlegung gegen seine Verbote und Gebote auflehnen. Es geht weiter und verlangt von jedem ein gewisses Minimum von Sorgfalt in seinem Handeln. Es stellt dabei einen objektiven Massstab auf und rechnet es jedem zur Schuld an, der es an der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt (BGB § 276) hat fehlen lassen. Dies ist die mildere Schuldart — die Fahrlässigkeit. Wo weder jener Vorwurf der bewussten Pflichtverletzung noch dieser der nicht genügenden Sorgfalt dem Handelnden gemacht werden kann, kann man überhaupt nicht von einer Schuld sprechen[2]). Dass Vorsatz und Fahrlässigkeit im Civilrecht gleichgestellt sind, ergibt sich daraus, dass es im Interesse des bürgerlichen Verkehrs liegt, dass man nicht bloss

---

1) Endemann, Lehrbuch 7. Aufl. I S. 483.

2) Vgl. Binding, Normen II 119 (2. Aufl.). „Unsere Schuld besteht immer darin, dass wir in Fällen, wo die Pflicht erfüllt werden musste, es an der erforderlichen Vorstellung der Pflicht fehlen lassen, sei es, dass wir uns ihrer entsinnen, der Pflichtvorstellung aber nicht die genügende Steigerung angedeihen lassen, sei es, dass wir die Pflichtvorstellung, obgleich wir es könnten, überhaupt nicht auf den Plan rufen“.

für seine Bosheit, sondern auch für seine Gedankenlosigkeit haftet. Bekanntlich geht ja das Civilrecht noch weiter und statuiert oft Haftung, wo überhaupt jede Schuld fehlt. Anders das Strafrecht, wo, wenn es überall die Fahrlässigkeit haftbar machen würde, nicht nur nicht ungerecht, sondern eine Ungeheuerlichkeit wäre. Nun ist es ja klar: zuerst muss eine Handlung widerrechtlich sein, um dann schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig begangen zu werden.

Es kann somit jener Ausspruch nur so verstanden werden, dass die vom Standpunkt des Verletzten aus vorhandene Rechtsverletzung — Rechtsverletzung im subjektiven Sinne — d. h. die Beeinträchtigung seiner subjektiven Rechte nicht immer widerrechtlich, im Widerspruch zu der Rechtsordnung sei, dass es also Fälle geben kann, in denen sie erlaubt ist[1]). Damit ist aber der gute Sinn, den das Wort widerrechtlich im § 823 I haben soll, genau derselbe wie im § 123 I: ebenso wie hier widerrechtlich bedeutet, die Drohung ist rechtswidrig, wenn sie rechtswidrig ist, bedeutet es auch dort eine Rechtsverletzung, ist widerrechtlich, wenn sie widerrechtlich ist. Der § 123 I sagt übrigens nicht, die Drohung sei widerrechtlich im objektiven Sinne; dies kann man auch nicht indirekt aus dem Paragraphen herauslesen: für widerrechtlich wird vielmehr die zur Abgabe einer Willenserklärung durch Drohung (und arglistige Täuschung) erfolgte Bestimmung eines fremden Willens erklärt (und zwar schon durch den § 823 I). Der Gezwungene hat das Anfechtungsrecht aber nur, wenn seine Bestimmung ohne Recht geschehen ist; dies will widerrechtlich sagen, genau wie im § 823 I.

§ 6. Widerrechtlichkeit und Verschulden.

Es giebt nur eine Widerrechtlichkeit und diese ist immer objektiv; eine subjektive Widerrechtlichkeit kann es überhaupt nicht geben. Die Aufgabe der Rechtsordnung ist Regelung der Beziehungen der Einzelnen zu einander und zum Ganzen zwecks Erreichung jenes Minimums von Frieden und Bewegungsfreiheit, das für die Menschen zur Erfüllung ihrer Pflichten als Menschen und Bürger notwendig ist. Um diesen Zweck zu erreichen, muss sie die natürliche Freiheit des Einzelnen in gewissen Beziehungen beschränken; sie stellt Regeln auf, erlässt Verbote und Gebote, an

1) Nebenbei sei bemerkt, dass § 823 nicht bloss von Verletzung subjektiver Rechte handelt; Körper, Gesundheit, Freiheit, sind keine subjektiven Rechte.

welche sich das Individuum zu halten hat. Von vornherein scheiden jene Handlungen aus, die für das Recht nicht in Betracht kommen — die rechtlich irrelevanten Handlungen wie Essen, Schlafen u. dgl.: mit diesen beschäftigt sich die Rechtsordnung überhaupt nicht. Alle anderen sind an und für sich erlaubt, bis sie nicht von der Rechtsordnung verboten werden. Alles von der Rechtsordnung Verbotene ist rechtswidrig. Widerrechtlichkeit ist nichts anderes als dieses Verbotensein. Es folgt aus der Natur der Sache, dass die Verbote nicht ausnahmslos lauten können: die Lebensverhältnisse sind zu mannigfaltig, als dass dies möglich wäre. Neben den Anordnungen, die ein bestimmtes Verhalten für widerrechtlich erklären, hat die Rechtsordnung auch solche, welche diese Widerrechtlichkeit für gewisse Fälle aufheben; genauer handelt es sich darum, das in solchen Fällen eben die ersteren Vorschriften keine Geltung haben, sondern nur die letzteren. Wann die Rechtsordnung etwas verbieten, und welche Ausnahmen sie von diesen Verboten statuieren wird, ist Sache der Rechtspolitik. Wo sich das Wort widerrechtlich in den gesetzlichen Tatbeständen befindet, will es jene Ausnahmen andeuten. Es will sagen, dass es z. B. nicht genügt zum Tatbestande des § 823 I, dass eine Verletzung des Eigentums eines Dritten stattgefunden hat, sondern, dass es vielmehr noch erforderlich ist, dass diese Verletzung ohne Recht geschehen ist, „unrechtmässig und unerlaubt ist, in Beziehung auf das Dürfen des Handelnden selbst“[1], vom Standpunkt der Rechtsordnung aus, nicht dem des Handelnden. Dies zeigt sich im BGB § 858 I, wo es heisst: „Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich.“ Hier ist nun zunächst gesagt, dass der Besitz geschützt werden soll, dass Entziehung und Störung des Besitzes ohne den Willen des Besitzers, denn es handelt sich um ein subjektives Privatrecht — verboten ist; aber es giebt davon Ausnahmen: „sofern nicht“ . . . Was für den Besitz speziell gesagt ist, gilt allgemein für alles, was das Gesetz verbietet, nur dass dieses für gewöhnlich sich begnügt, zu beschreiben, was verboten sein soll ohne hinzufügen, dass das dem Verbot zuwiderlaufende, widerrechtlich ist, jene Ausnahmen dagegen, im § 858 I mit den Worten: sofern nicht u. s. w. angedeutet, pflegen durch das Wort widerrechtlich angedeutet zu wer-

1) Wendt, Pandekten § 69.

den. So wenn BGB § 823 I sagt: „Wer ... widerrechtlich verletzt", so bedeutet dies, es sei denn, dass er kraft spezieller Vorschrift dazu berechtigt war. Ebenso ist § 827 auszulegen: „Wer im Zustande der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem andern Anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist." Hier fehlt in dem ersten Satz das Wort widerrechtlich, obwohl es ganz gut da sein könnte; denn das Gesetz will ja nur die Ersatzpflicht, auch für die Fälle der rechtswidrigen Schadenszufügung ausschliessen; dass bei rechtmässiger Schadenszufügung keine Pflicht zum Schadensersatz entsteht, ist selbstverständlich. Uebrigens ist diese Vorschrift mit § 823 I verglichen, durchaus überflüssig: denn dieser statuiert die Ersatzpflicht nur für den Fall der Verschuldung; bewusstlos und geistesgestör kann man aber nie schuldhaft handeln. Im Satz zwei, wo eine Ersatzpflicht statuiert wird, findet sich dagegen das Erfordernis der Widerrechtlichkeit — ein Erfordernis, das nicht mehr besagt, als dass nicht alle Schadenszufügungen in solchen Zuständen vorgenommen, wie sie der Satz beschreibt, widerrechtlich zu sein brauchen, dass es auch rechtmässige giebt. Der Gerichtsvollzieher z. B., der betrunken eine Sache pfändet, verfällt der Vorschrift des § 827 Satz 2 nicht, auch wenn er sich noch so schuldhaft betrunken haben möchte. Dieselbe Bedeutung hat widerrechtlich auch im § 831: „Wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt". Freilich, wenn der Andere z. B. in Notwehr eine Sache zerstört, trifft den Geschäftsherrn keine Haftung. Ferner vgl. §§ 832, 2339, 1632, 530 II u. a. Was widerrechtlich ist, und was nicht, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch meist indirekt gesagt; direkt gesagt ist es nur in §§ 858 I, 227—229 [1]).

1) An dieser Stelle ist zu erwähnen die Bemerkung von Endemann, Lehrbuch 7. Aufl. I 362 Anm. 1. „Was widerrechtlich ist, definiert das BGB nicht. Es wird in 858 ein Anwendungsfall genannt: die eigenmächtige Be-

Sobald man daran festhält, dass Widerrechtlichkeit und Verschulden nichts mit einander zu tun haben, dass das eine etwas rein objektives von der Rechtsordnung festgestelltes ist, während das andere rein subjektiv, bestimmte Richtung des menschlichen Willens bedeutet, ergiebt sich von selbst die Antwort auf die Frage, ob der Drohende handlungsfähig sein muss oder aber, ob auch eine von einem Unzurechnungsfähigen erzwungene Willenserklärung nach § 123 I anfechtbar ist. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass zum Tatbestand des § 123 I ein Verschulden — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — des Drohenden nicht gehört, aus dem einfachen Grunde, weil von einem solchen Erfordernis nichts in dem Paragraphen enthalten ist. Zur Anfechtbarkeit der erzwungenen Willenserklärung genügt das Vorhandensein des objektiven Tatbestandes der Bestimmung durch Drohung — vorausgesetzt, dass diese nicht rechtmässig ist, d. h. vorausgesetzt, dass sie widerrechtlich erfolgt war — weiter aber zu gehen und eine schuldhafte Drohungshandlung des Drohenden zu verlangen, dafür giebt der Wortlaut des Paragraphen keinen Anhaltspunkt. Unrichtig ist daher die Behauptung von Hölder[1]), dass in der Erfordernis der Widerrechtlichkeit der Bestimmung durch Dro-

---

sitzstörung und Besitzentziehung ist widerrechtlich. Im übrigen aber wird der Begriff als bereits bekannt und gegeben vorausgesetzt". Nun eine Definition der Widerrechtlichkeit müsste ungefähr so lauten: widerrechtlich ist, was in einem Gesetz für solches erklärt ist, sei es direkt, wie in 858 I, sei es indirekt, was den Rechtsvorschriften zuwiderläuft, was wider das Recht ist. Eine Definition der Widerrechtlichkeit ist ebenso entbehrlich, wie etwa eine des Verbietens, wenn das Gesetz etwas verbietet. Mit Recht betont Endemann daselbst, dass man nicht davon ausgehen darf, dass widerrechtlich etwa bedeutet „jede Handlung und Unterlassung, die vom Rechte nicht ausdrücklich bestätigt wird". Die Sache liegt vielmehr umgekehrt: nur das ist widerrechtlich, was das Recht nicht geschehen wissen will. Man wird daher nicht mit Meves (kriminalistische Erörterungen aus dem Gebiete des BGB in Goltdamer Archiv Band 46 S. 85) sagen können, dass „jede Handlung oder Unterlassung widerrechtlich ist, zu der entweder überhaupt eine Befugnis fehlt, oder die die Grenze einer vorhandenen Befugnis überschreitet".

1) Kommentar S. 272. „Im Sinne des Gesetzes ist ... Drohung eine zum Zwecke der Bestimmung des fremden Willens durch das Mittel der Furcht vollzogene Handlung, deren Existenz Deliktsfähigkeit fordert. Jeder Zweifel daran wird ausgeschlossen durch die Bezeichnung der Drohung als einer solchen, durch die der Andere widerrechtlich bestimmt wurde. ... Widerrechtlich kann jemand durch Drohung nur bestimmt worden sein, wenn ihr Urheber ihn widerrechtlich, d. h. kraft rechtswidrigen Vorsatzes, durch dieselbe bestimmt hat".

hung auch das Erfordernis liege, dass der Urheber der Drohung „kraft rechtswidrigen Vorsatzes“ gehandelt hat. In welchem Sinn jenes Erfordernis der Widerrechtlichkeit zu verstehen, ist oben erörtert worden. Dass widerrechtlich aber „kraft rechtswidrigen Vorsatzes“ zu bedeuten hat, kann sich nur ergeben aus der Verwechselung beider Begriffe Widerrechtlichkeit und Verschulden, die man unbedingt auseinanderhalten muss. Es ist also nicht selbstverständlich, wie v. Blume[1]) behauptet, dass die Drohung von einem willensfähigen Menschen ausgehen muss; das Selbstverständliche ist vielmehr das, dass nach dem Wortlaut des Paragraphen die Willensfähigkeit des Urhebers der Drohung gar nicht in Betracht zu kommen hat, weil die ganze Frage nach der Willensfähigkeit erst dann einen Sinn hat, wo es sich handelt zu bestimmen, ob denn die vorliegende Widerrechtlichkeit von ihrem Urheber auch schuldhaft begangen worden ist. Das erstere (Widerrechtlichkeit) erfordert nur § 123 I, nicht auch das letztere (Verschulden). Zu diesem Resultate muss man kommen, auch wenn man von dem Sinn der Vorschrift des § 123 I ausgeht. Der Gesetzgeber hat verhindern wollen, dass man zu seinem Handeln durch Dritte mittels Drohungen bestimmt wird. Zu diesem Zweck verbietet er diese Bestimmung und statuiert einerseits Ersatzpflicht (§ 823 I), andererseits erlässt er Strafandrohungen gegen den Bestimmenden; daneben giebt er in § 123 I auch dem Bedrohten ein Mittel damit dieser das, was er infolge der Drohung gemacht hat, wieder rückgängig machen kann. Durch diese Vorschrift will also nicht der Dritte von dem die Drohung ausgegangen ist, getroffen werden, sondern es soll dem Gezwungenen geholfen werden. Es ist nun selbstverständlich, dass eine Einwirkung auf die Willensentschliessung mittels Drohung auch seitens eines Geschäftsunfähigen erfolgen kann. Warum sollen dann die betreffenden Willenserklärungen giltig sein? etwa weil der Drohende weder strafrechtlich noch civilrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, soll auch der Gezwungene die Folgen des Zwanges tragen. Dies kann gewiss nicht der Sinn des § 123 I sein, wie dies auch sein Wortlaut zeigt. Entsprechendes hat zu gelten auch für den Fall, dass der Drohende bona fide gedroht hat; auch in solchen Fällen ist das Anfechtungsrecht des § 123 I nicht zu versagen[2]).

1) l. c. 224 fg.

2) Vgl. Rehbein, l. c. S. 143. „Die Versagung der Rechtswirksamkeit erzwungener Willenserklärungen richtet sich nicht gegen den bösen Willen

Das „widerrechtlich“ ist aber auch noch in einem anderen Sinn verstanden worden. So z. B. von Kipp [1]): „Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ist allgemeines Erfordernis des vorsätzlichen Handelns im BGB nicht; schon deswegen nicht, weil die Vorsätzlichkeit (wie das Verschulden überhaupt) nicht einmal die objektive Rechtswidrigkeit notwendig in sich schliesst. Wenn ein eigenes Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Beschädigten bei Entstehung eines Schadens mitgewirkt hat (254), so ist dessen Handeln nicht rechtswidrig, es kann ihm nur den Ersatzanspruch rauben; wenn jemand durch sein Verschulden sich selbst in Gefahr bringt, so ist sein Handeln ebenfalls nicht rechtswidrig; nicht einmal die Sachbeschädigung oder -Zerstörung, welche er begeht, um die selbstverschuldete Gefahr abzuwenden, sieht das Gesetz als rechtswidrig an, er ist nur zum Schadensersatz verpflichtet, obwohl die Handlung nicht rechtswidrig ist. Der § 826 verpflichtet zum Schadensersatz denjenigen, welcher in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt; einen Verstoss gegen das Recht braucht die Handlung nicht zu enthalten (wobei es natürlich ohne Betracht bleiben muss, dass man sie als Verstoss gegen § 826 selbst bezeichnen kann). Auch § 823 I (mit den Worten vorsätzlich widerrechtlich) und § 2339 I, 1, 2 (mit den Worten vorsätzlich und widerrechtlich) zeigen, dass in dem Vorsätzlichen das Widerrechtliche nicht von selbst enthalten ist. Danach bedarf es in jedem Falle der Prüfung, ob das Gesetz die Folgen einer Handlung an deren Vorsätzlichkeit und Widerrechtlichkeit knüpfen wollte und bejahendenfalls, ob die Widerrechtlichkeit zum Inhalte des Vorsatzes gehört, mit a. W., ob der Handelnde sich der Widerrechtlichkeit bewusst sein muss. In 823 ist m. E. schon durch die Verbindung „vorsätzlich widerrechtlich“ auch die letztere Frage

des Drohenden. . . . Die Geschäftsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit des Drohenden, seine Verantwortlichkeit für die Drohung, die Frage, ob die Drohung zugleich eine unerlaubte strafbare Handlung, hat mit dem Begriff der Drohung nichts zu tun“. Planck, l. c. S. 179. „Nur der objektive Tatbestand einer widerrechtlichen Verletzung der Freiheit braucht vorzuliegen, um die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung, zu welcher der Erklärende durch Drohung bestimmt ist, zu begründen. Die subjektiven Erfordernisse, welche hinzutreten müssen, um eine Verpflichtung des Drohenden zum Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung zu begründen, kommen nicht in Betracht“. Seuffert, Archiv Bd. 48 N. 168.

1) Kipp zu Windscheid Pandekten I § 101 S. 452.

bejaht, und wird auch sachgemäss nach dem Inhalte des § 823 zu bejahen sein". Die Frage ist zunächst die, ob denn zum Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört oder nicht. Diese Frage, welche meist in der strafrechtlichen Literatur erörtert worden ist, wird oft verneint. Man trägt u. a. Bedenken darüber, dass, wollte man zum Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangen, so wäre dadurch die Rechtspflege sehr erschwert, weil ja dann in jedem einzelnen Fall nachzuweisen wäre, dass der Beschuldigte dieses Bewusstsein gehabt hatte. Vor allem ist zu bemerken, dass dieses Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht darin zu suchen ist, der Betreffende hätte gewusst, dass er gegen ein bestimmtes Strafgesetz oder gegen eine genau formulierte Norm handelt. Wie es bei den Rechtsgeschäften nicht erforderlich ist, dass derjenige, der ein solches schliesst, sich genau bewusst ist, was für ein Rechtsgeschäft er schliesst mit der Abgrenzung und Formulierung eines Juristen, sondern verlangt werden kann, nur dass er sich bewusst ist und die Absicht hat, sich rechtlich zu verpflichten — so dass z. B. aus einer Einladung zum Diner nicht geklagt werden kann, weil durch die Annahme der Einladung kein Rechtsgeschäft zu stande gekommen ist, infolge des Mangels des Bewusstseins sich rechtlich verpflichten zu wollen — so ist auch zum Vorsatz zu fordern, dass der Handelnde sich bewusst ist, er begehe etwas, was er von Rechtswegen nicht oder möglicherweise nicht begehen darf; er muss sich seines Nichtdürfens bewusst sein. Es ist ohne weiteres klar, weshalb zum Vorsatz das Vorgestelltsein der Kausalität der Handlung gehört. Hat der Handelnde keine Vorstellung davon, wie seine Handlung in die äussere Welt eingreift, was sie für Folgen haben kann, so kann er auch das Bewusstsein des Nichtdürfens nicht haben. Mit dem Nachweis dieses Bewusstseins nun wird es nicht so schlimm sein. Es werden sich immer Anhaltspunkte finden, die den Richter berechtigen, anzunehmen, dass der Täter jenes Bewusstsein gehabt hatte. Man nehme nun ein Beispiel, etwa § 823 I. Wann findet dieser Paragraph Anwendung? Es muss zunächst eine Handlung, d. h. eine menschliche Willensäusserung vorliegen. Diese muss kausal für einen in der Rechtssphäre eines Anderen eingetretenen Vermögensschaden gewesen sein. Dabei ist kausal so zu verstehen, dass ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden besteht[1]). Als drittes Erfordernis muss aber

1) Ueber die Frage der Kausalität vgl. Rümelin, Archiv für civ. Praxis Bd. 90, Heft 2.

noch hinzukommen, dass die Handlung schuldhaft: vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden ist. Sowohl die vorsätzliche, als die fahrlässige Handlung müssen gleich kausal sein; der Unterschied zwischen beiden liegt nicht in der grösseren oder geringeren Kausalität. Der Unterschied liegt vielmehr in der Art der Schuld; man muss dem Täter wegen seiner Handlung einen Vorwurf machen können, entweder in der Weise, dass man ihm sagen kann: du hast gewusst, dass man das nicht tun darf, hast es aber trotzdem getan — Vorsatz —oder: du hättest wissen sollen, dass man das nicht tun darf, wenn du das beobachtet hättest, was ein ordentlicher Mann in einer ähnlichen Lage, wie die deinige, zu beobachten pflegt — Fahrlässigkeit [1]). Wie schon ausgeführt, kann diese Betrachtung — ob eine Schuld bei dem Handelnden vorhanden ist oder nicht — erst dann stattfinden, wenn es feststeht, dass eine widerrechtliche Handlung vorliegt. Denn, stellt es sich heraus, es sei überhaupt keine widerrechtliche Handlung vorhanden — der Täter meint z. B. eine fremde Sache zu zerstören, während sie ihm gehört — so hätte das Forschen nach einer Schuld keinen Zweck, weil das Vorhandensein einer Putativschuld keine rechtliche Bedeutung hat. Demnach kann man sich mit der oben angeführten Behauptung nicht für einverstanden erklären, dass das Verschulden überhaupt nicht die objektive Widerrechtlichkeit in

1) Vgl. Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, Archiv für civ. Praxis Bd. 87, S. 438. „Die ordentlichen Leute als Massstab sind also stets so zu verstehen, wie die plerique eius condicionis in Fr. 137 § 2. D. 41, 1 und jeder ist darnach zu messen, was von andern in gleicher Lage, bei gleichem Tun, bei gleicher Verpflichtung gewöhnlich, d. h. im Durchschnitt beobachtet wird, habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis". — Ueber die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vgl.: Beling, Grundzüge des Strafrechts II. Aufl. S. 52: „Vorsatz, dolus, ist der bewusste Ungehorsam gegen den Willen der Rechtsordnung". eod. 56: „Fahrlässigkeit ist das bei einer Handlung unterlaufende Unterlassen pflichtmässiger Ueberlegung, das zur Folge hat, dass der Täter unbewusst eine Rechtswidrigkeit begeht oder aber eine Rechtswidrigkeit, deren er sich zwar bewusst ist, die er aber nicht in seinen Willen aufgenommen hat". Frank, Kommentar 2. Aufl. S. 95: „Dolus ist die die Willensbetätigung begleitende Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestande gehörigen oder die Strafbarkeit erhöhenden Tatumstände". S. 103: „Fahrlässigkeit ... die schuldhafte Unkenntnis der Tatumstände". Meyer, Lehrbuch d. D. Strafrechtes 5. Aufl. S. 166: „Vorsatz, der Wille etwas im gegebenen Falle zu tun, was das Gesetz im allgemeinen unter Strafe gestellt hat." S. 176: „Fahrlässigkeit oder Culpa, d. h. dasjenige Verhältnis einer Person zu einem Geschehen, wonach dasselbe von ihr zwar nicht gewollt ist, wohl aber hätte vermieden werden können und sollen".

sich schliesse, was wohl in dem Sinne gemeint ist, dass die Widerrechtlichkeit nicht conditio sine qua non für das Verschulden ist, sondern dass es auch schuldhafte, rechtmässige Handlungen giebt. Als Beleg dafür wird zuerst § 254 angeführt. Nach diesem soll dem Beschädigten der Schadenersatzanspruch aberkannt werden, wenn bei Entstehung des Schadens sein eigenes Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) mitgewirkt hat; es kann somit der Beschädigte schuldhaft, aber nicht rechtswidrig handeln, denn sich selbst darf man ja wohl Schaden zufügen. Der § 254 lautet: „Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. — Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung".

Was zunächst den Abs. 1 betrifft, so ist es wohl kaum nötig hervorzuheben, dass der erste Satz ungenau ist. Verschulden kann nie bei Entstehung eines Schadens mitwirken, für dieselbe kausal sein, sondern nur eine Handlung oder Unterlassung; darin kann sich dann das Verschulden des Beschädigten äussern. Nun kann die Frage aufgeworfen werden, ob denn § 254 nicht wirkliche Pflichten für den Beschädigten statuiert, deren Verletzung dann rechtswidrig sein muss. Die Frage bejaht z. B. v. Liszt in seiner Schrift: Die Deliktsobligationen im Sinne des BGB [1]). Man wird mit Recht diese Meinung als unzutreffend bezeichnen [2]). Das Gesetz braucht nicht Pflichten gegen sich selbst aufzuerlegen: dies liegt ausserhalb seiner Kompetenz. Wenn jemand den ihm von einem Andern zugefügten Schaden eigensinnig vergrössert, so mag er das tun; oder wenn er seinen Schuldner böswillig nicht auf die Gefahr eines hohen Schadens aufmerksam macht, welche dieser nicht kennen konnte, so mag er auch dies tun; natürlich kann

1) S. 84. „§ 254 verpflichtet den Geschädigten, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, verpflichtet ihn, den Schaden abzuwenden oder zu mindern".

2) Vgl. Rümelin, l. c. S. 311 ff.

man ihm dann für diesen von ihm selbst verursachten Schaden keinen Schadensersatzanspruch zuerkennen. Denn daran ist festzuhalten, dass sowohl die positive Handlung als die Unterlassung des Beschädigten kausal für den eingetretenen Schaden sein müssen, wenn die Vorschrift des § 254 zur Anwendung kommen soll. Dies sagt auch das Gesetz, indem es von Mitwirken des Verschuldens spricht und unter den besonderen Umständen die überwiegende Verursachung hervorhebt. Entschieden zu bestreiten ist die Behauptung [1]), dass das Gesetz unter Verschulden Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wie sie im technischen Sinne im § 823 I gebraucht sind, versteht. Hier ist Verschulden in einem anderen Sinn gebraucht, ähnlich wie „sich schuldig machen" z. B. in § 1666 wonach Zwangserziehung vom Vormundschafts-Gericht angeordnet werden kann im Falle eines Verschuldens des Vaters. Bei Anwendung des § 254 soll in erster Linie die Verursachung entscheidend sein; sobald durch die Handlung oder Unterlassung des Beschädigten der Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Vorgang und dem Schaden unterbrochen wird, hört die Ersatzpflicht des Schädigers [2]) auf. Eine solche Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wird dann vorliegen, wenn das Verhalten des Verletzten schlechterdings nicht zu erwarten war. Häufig wird es sich aber so verhalten, dass beide Ereignisse — sowohl der haftungsbegründende Vorgang als das Verhalten des Verletzten im Kausalzusammenhang mit dem entstandenen Schaden stehen. Dann wird man neben dem Grad der Ursächlichkeit beider Vorgänge auch noch die besonderen Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen haben. Es wird eine „ethische Würdigung" des beiderseitigen Verhaltens stattzufinden haben. „Jemehr wir die Handlungsweise der einen Partei verurteilen, desto leichter werden wir geneigt sein zu sagen, die andere Partei brauchte das nicht zu erwarten, und je weniger sie mit einem solchen Verhalten zu rechnen brauchte, desto weniger Bedeutung werden wir ihrem eigenen Verhalten beilegen wollen" [3]).

1) Vgl. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 82. „Die Handlung des Deliktsfähigen muss aber ferner eine vorsätzliche oder fahrlässige sein; denn ein Verschulden des Verletzten wird verlangt". So auch die Kommentare.

2) Uebrigens, um Missverständnisse zu vermeiden, sei es bemerkt, dass § 254 auch dann Anwendung findet, wenn der Schadensersatzpflichtige den Schaden nicht selbst verursacht hat, sondern aus einem andern Grund haftbar ist.

3) Rümelin, l. c. S. 314.

In diesem Sinn also ist hier Verschulden zu verstehen. Dass Verschulden nicht als Vorsatz oder Fahrlässigkeit gemeint ist, ergiebt sich daraus, dass das Verhalten des minderjährigen oder geisteskranken Verletzten nach § 254 auch Beachtung finden kann. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Begriffe der Deliktslehre; der Sinn der Vorschrift von § 254 ist aber nicht, dass der Verletzte für sein Verhalten etwa bestraft werden soll, sondern nur der, dass der Schadensersatzpflichtige nicht den Schaden resp. nicht den vollen Schaden zu tragen braucht, wenn er für dessen Entstehung überhaupt oder in dem Umfange, wie er entstanden ist, nichts kann. „Es handelt sich ja nun für uns nicht darum, aus dem eigenen Verschulden eine Verantwortlichkeit und Haftung des Kindes oder Wahnsinnigen abzuleiten oder Ansprüche gegen sie zuständig werden zu lassen, wozu es allerdings der Schuld im strengen Sinne bedürfen würde, sondern umgekehrt stehen ihre Ansprüche gegenüber dritten Personen in Betracht, welche das Gesetz dann versagt, wenn ihr eigenes Verhalten den Unfall herbei geführt hat“ [1]). Inwieweit das Verhalten eines Minderjährigen oder Geisteskranken den Schadensersatzanspruch gemäss des § 254 zu verkürzen vermag, wird sich ebenfalls aus den Umständen ergeben; in erster Linie dürften dabei die Vermögensverhältnisse beider Teile in Betracht kommen. Alles dies zeigt, dass man unter Verschulden nicht Vorsatz oder Fahrlässigkeit im eigentlichen technischen Sinn, wie sie § 823 gebraucht, zu verstehen hat. Also: Das Verhalten des Verletzten ist allerdings nicht rechtswidrig; es braucht aber auch nicht vorsätzlich oder fahrlässig zu sein.

Was das zweite der angeführten Beispiele betrifft, dass man zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, ohne eine rechtswidrige Handlung begangen zu haben, so ist das ebensowenig geeignet zu beweisen, dass es eine vorsätzliche Handlung ohne Widerrechtlichkeit geben kann. Vor allem ist nichts auffälliges daran, dass es Schadensersatzpflicht ohne widerrechtliches Handeln giebt; denn es giebt Schadensersatzpflicht ohne jedes Handeln überhaupt; so ist z. B. der Geschäftsherr nach § 278 haftbar, auch wenn er gar nicht, weder rechtswidrig noch rechtmässig gehandelt hat. In den Fällen des Notstandes besteht auch eine Haftung, obwohl die Notstandshandlungen nicht widerrechtlich sind (BGB § 904).

1) Wendt, Eigenes Verschulden in Iher. Jahrb. Bd. 31. S. 180.

Eine Ausnahme davon ist im § 228 gemacht, wonach kein Ersatz zu leisten ist, wenn die Zerstörung resp. Beschädigung der Sache erforderlich war, um eine von ihr drohende Gefahr abzuwenden: die Notwehr auf die Sachen analog übertragen! Nun sind wiederum von dieser Ausnahme die Fälle ausgenommen, in welchen der Handelnde die Gefahr verschuldet hat. Dieses Verschulden ist aber nicht Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Denn hat der Handelnde vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt, so wird er nicht aus § 228, sondern aus § 823 haftbar sein. Die Gefahr verschuldet, bedeutet also im § 228 nichts weiter als die Gefahr veranlasst.

Endlich noch das dritte Beispiel, der § 826. Dieser soll denjenigen zum Schadensersatz verpflichten, der, ohne widerrechtlich zu handeln, einem Anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Auf diesem Standpunkt stehen auch die Kommentare von Planck[1]), Staudinger[2]), Oertmann[3]). Oertmann scheint sich übrigens selbst zu widersprechen; denn einmal sollen die betreffenden Handlungen an sich nicht widerrechtlich sein, sodann aber wird behauptet, dass sie es werden sollen, soweit die Voraussetzungen des § 826 reichen. An sich kann nichts widerrechtlich sein; es muss vielmehr für solches von der Rechtsordnung erklärt werden. Und was ist denn § 826 anders als ein Verbot der Schadenszufügung auf eine Weise, die allem Rechtsgefühl Hohn spricht? Den angeführten Behauptungen liegt offenbar die Vorstellung zu Grunde, dass die Ausübung eines Rechtes so sehr der Willkür dessen Inhabers überlassen ist, dass er nach Belieben dadurch anderen Leuten Schaden zufügen darf. Dem ist aber nicht so. Selbst das Eigentum, dass ja das umfangreichste dingliche Recht ist, giebt eine solche Macht nicht, sondern es gewährt nur die Ge-

1) Komm. zu 826. „Es ist nicht Voraussetzung, dass die schädigende Handlung an sich rechtswidrig ist".

2) Komm. zu 826. „Widerrechtlichkeit der Handlung ist zum Tatbestand des § 826 (im Gegensatz zum § 823) nicht erforderlich (anders Entwurf I—III). Die Schadensersatzpflicht tritt also bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen nicht nur dann ein, wenn auf Grund der allgemeinen Freiheit, sondern auch, wenn in Ausübung eines subjektiven Rechtes gehandelt worden ist".

3) Komm. zu 826. „Die unter 826 fallenden Handlungen sind an sich nicht widerrechtlich; es ist aber anzunehmen, dass sie es, soweit die Voraussetzungen des Paragraphen reichen ohne weiteres werden, dass derselbe zugleich ein Verbot derselben enthält".

walt über die Sache, welche „nach Natur und Recht möglich ist“. Allerdings ist es richtig, dass man um deswillen nicht von der Ausübung seines Rechtes Anstand zu nehmen braucht, weil dadurch einem Dritten Schaden erwachsen kann; aber auch dies hat seine Grenzen. Wird diese Ausübung mehr als rücksichtslos, stellt sie sich so sehr zu den im Volke herrschenden Gerechtigkeitsanschauungen in Widerspruch, so dass ein Eingriff seitens der Rechtsordnung für geboten erscheint — da hat die erlaubte Rechtsausübung ihre äusserste Grenze erreicht und wird zu einer unerlaubten. Ist die Rechtsordnung eine Friedensordnung, so muss sie der Rechtsausübung halt zurufen, wo sie nicht mehr im Interesse des Friedens ist. So hat denn auch das BGB in § 226 bestimmt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen“, — die möglichst grösste Konzession, die man den subjektiven Rechten machen kann, denn in wie vielen Fällen wird sich der Nachweis nicht führen lassen, dass die Ausübung auch andere Zwecke und nicht nur den Zweck, dem Anderen Schaden zuzufügen, haben konnte. Jedenfalls ist der § 826 an diese Vorschrift gebunden; er wird also nur dann zur Anwendung kommen, vorausgesetzt, dass der Schaden durch Ausübung eines subjektiven Rechtes zugefügt worden ist, wenn diese nach § 226 unzulässig ist: denn man wird es nicht gegen die guten Sitten verstossend finden, was das Gesetz erlaubt, indem es ausdrücklich nur die bestimmte Art der Ausübung der Rechte verbietet. Bezüglich der übrigen Handlungen entscheiden die guten Sitten. Eine derartige Handlungsweise nun verbietet das Gesetz indirekt durch § 826 und man darf nicht deshalb behaupten, die unter § 826 fallenden Handlungen seien nicht widerrechtlich, weil in dem Paragraph das Wort nicht vorkommt, wie das wohl in dem Kommentar von Staudinger geschehen ist, wo § 826 in Gegensatz zu § 823 gestellt wird, nach welchem die Widerrechtlichkeit ein Erfordernis sei. In Wahrheit ist in keinem der Paragraphen die Widerrechtlichkeit ein positives, sondern nur ein negatives Erfordernis. Widerrechtlich ist das, was in den Tatbeständen der Paragraphen beschrieben ist. So ist denn auch das, was § 826 beschreibt, widerrechtlich. Dieser Paragraph ist bloss eine Erweiterung des § 823, wie dies auch im Entwurf I zum Ausdruck gekommen war,

1) Dernburg, Pandekten I § 192 S. 54 BGB 903.

indem unmittelbar nach § 704, der dem heutigen § 823 entspricht, der § 705 bestimmte: „Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstösst.“ Abgesehen von den sachlichen Abweichungen bestimmen beide §§ (704 und 705 des E. I) dasselbe wie die jetzigen §§ 823 und 826. Wie der § 705, so auch der § 826 erklären, dass man es doch nicht mit schrankenloser Freiheit bei der Vornahme der fraglichen Handlungen zu tun hat, sondern dass das, was die Schranke überschreitet, verboten und deshalb widerrechtlich ist. So hat man es denn auch bei § 826 nicht mit einer Vorsätzlichkeit ohne Widerrechtlichkeit zu tun, sondern mit einer Widerrechtlichkeit, die vorsätzlich begangen werden kann. Hier besteht der Vorsatz darin, dass der Handelnde dem Anderen Schaden zufügt, d. h. er muss die Vorstellung haben, dass seine Handlung dem Anderen irgend einen Schaden zu verursachen, geeignet ist [1]) und handeln mit dem Bewusstsein, dass er, obwohl seine Handlung sich etwa als Ausübung eines Rechtes darstellt, doch etwas unerlaubtes begeht.

Fasst man widerrechtlich und vorsätzlich so auf, wie es hier geschehen ist, so hat man es nicht nötig, um zu dem sachgemässen Sinn des § 823 zu gelangen, das Wort widerrechtlich zu dem vorsätzlich zu beziehen, was wohl nicht die Meinung des Gesetzes ist. Es hat denn auch die Mehrzahl der Schriftsteller widerrechtlich als Erfordernis der objektiven Widerrechtlichkeit verstanden und nicht so, dass hier ausnahmsweise zum Vorsatz Widerrechtlichkeit verlangt werde und deshalb vorsätzlich widerrechtlich zu lesen sei [2]).

Diese Bedeutung — auszudrücken, dass der in der Gesetzesvorschrift beschriebene Tatbestand nicht immer verboten also rechtswidrig ist, dass es vielmehr besondere rechtliche Vorschriften gibt, welche Tatbestände, die äusserlich dem für rechtswidrig erklärten gleich sind, dennoch für rechtmässig erklären — hat das Wort widerrechtlich, rechtswidrig auch im Strafgesetzbuch. Auch hier

---

1) „Vorsätzlich Schaden zufügt“ dagegen § 823 „vorsätzlich das Leben u. s. w. verletzt“; hier also Schadensersatzpflicht auch dann, wenn sich der Handelnde gar nicht vorstellen konnte, dass aus jener Verletzung ein Schaden hervorgehen wird.

2) Vgl. u. a. Cosack I § 163, Endemann I S. 914, Oertmann, Kommentar zu 823.

kann man nicht annehmen, dass rechtswidrig sich auf vorsätzlich bezieht, und dass man also in diesen Fällen zum Vorsatz Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu fordern hätte, in den übrigen dagegen, wo dieses Wort fehlt, nicht. Man kann sich schliesslich den Vorsatz denken wie man will, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Begriffsmerkmal desselben aufstellen oder nicht, aber zweierlei Arten von Vorsatz kann man doch nicht unterscheiden. Es ist schon gesagt, dass zum Vorsatz notwendig das Bewusstsein des Nichtdürfens gehört. Fehlt dieses Bewusstsein und kann man dem Delinquenten auch keinen Vorwurf darüber machen, dass ihm dasselbe gefehlt hat, dann kann er wohl den mit Strafe bedrohten Erfolg herbeigeführt, durch seine Tat verursacht haben, trotzdem wird er eines Deliktes nicht schuldig sein. Und in der Tat, warum verlangt man zum Vorsatz, dass der Täter sich den Erfolg seiner Handlung vorgestellt haben muss, ja dass er denselben gewollt haben muss? Erst wenn man den Vorsatz als Schuld, als Vorwurf wegen eines bestimmten Verhaltens auffasst, kann man dazu kommen, sonst muss man sich einfach mit der Kausalität der Handlung begnügen. Das Wort widerrechtlich kann auch nicht die Bedeutung haben [1]), dass es deshalb in den Tatbeständen des StGB aufgenommen sei, um zum Ausdruck zu bringen, die Handlung sei nicht erst vom Strafgesetzgeber verboten, sondern sie sei es schon vor dem Erlass des Strafgesetzes vom Civilrecht u. s. w. gewesen. Das Strafrecht hat es lediglich mit der Strafbarkeit zu tun; es untersucht was eines strafrechtlichen Schutzes bedürftig ist und gegen wen sich der Schutz zu richten hat, und formuliert so seine Tatbestände. Dabei ist das Strafbare immer rechtswidrig; denn die Bedrohung mit Strafe zeigt eben, dass die Handlung von der Rechtsordnung verboten ist, aber nicht auch umgekehrt, nicht alles Rechtswidrige ist strafbar, weil dies nicht

1) Vgl. z. B. Frank, Kommentar zum Strfgb. II. Aufl. S. 79. „Ausnahmsweise allerdings begründet das Strafrecht die Rechtswidrigkeit nicht selbst, sondern setzt sie als in anderen Rechtsgebieten begründet voraus. Kurz gesagt: ausnahmsweise ist die Rechtswidrigkeit positives Tatbestandsmerkmal. Dies gilt grundsätzlich für alle Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit der Handlung in den Tatbestand des einzelnen Deliktes aufgenommen wird". Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal Bd. 55 S. 91: „Es ist daher die Rechtswidrigkeit da, wo sie im Tatbestande der strafbaren Handlung ausdrücklich hervorgehoben ist, gleichbedeutend mit der Missbilligung des Tatbestandes durch die Rechtsordnung ausserhalb des Strafrechtes oder doch ausserhalb der betreffenden Strafsatzung".

zur Erreichung der vom Strafrechte verfolgten Ziele erforderlich ist. Strafrecht, Civilrecht u. s. w. sind nicht selbständige für sich abgeschlossene Gebiete, sondern bilden zusammen ein Ganzes — die Rechtsordnung. Es ist nun ganz gleichgiltig, wo eine Handlung für rechtswidrig erklärt ist, ob in einem Paragraphen des BGB oder in der Verfassungsurkunde oder von dem Gewohnheitsrecht (soweit ein solches zulässig). Gleichgiltig ist es auch, auf grund welcher Vorschriften eine Handlung z. B. das Töten eines Menschen für erlaubt zu erachten ist. Viele Handlungen werden deshalb straflos bleiben müssen, weil sie z. B. im Civilrecht für erlaubt erklärt sind. Was strafbar ist, das ist zu entnehmen aus den in den Strafgesetzen enthaltenen Definitionen der einzelnen Delikte. Sobald die Tat die gesetzlichen Merkmale aufweist, braucht nicht noch nachgewiesen zu werden, dass sie auch rechtswidrig ist um strafbar zu sein, sondern es wird abgewartet, dass der Beweis geliefert wird, sie sei dennoch mit Recht vorgenommen und also rechtmässig. In diesem Sinne spricht man, dass die Rechtswidrigkeit kein positives Erfordernis der Strafbarkeit sei. Dem ist aber so auch in den Fällen, wo im Tatbestand „das Erfordernis des Rechtswidrigkeit" enthalten ist, in denen „die Rechtswidrigkeit der Handlung in den Tatbestand der einzelnen Delikte aufgenommen wird". Es ist kein Wunder, dass die Widerrechtlichkeit dort aufgenommen ist, wo die Verhältnisse etwas komplizierter sind und es dem Gesetzgeber mehr zum Bewusstsein gekommen ist, dass nicht alles was dem von ihm aufgestellten Tatbestand entspricht auch verboten und somit zu bestrafen sein wird. So fehlt z. B. im § 211 StGB dieses Erfordernis der Rechtswidrigkeit; dennoch wird kein Mensch zweifeln, dass auch der Mord, um mit dem Tode bestraft zu werden, rechtswidrig gewesen sein muss, dass dem Mörder keine Vorschrift zur Seite stehen darf, die jene Rechtswidrigkeit ausschliesst, wie dies z. B. mit dem Soldaten, der im Krieg den Feind tötet, der Fall ist. Oft wird es nötig sein, Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten zu Hilfe zu nehmen, um die im Strafgesetzbuch angegebenen Deliktsmerkmale genauer zu begrenzen. Diese Verweisungen auf andere Rechtsteile sind aber schon in dem anderweitigen Wortlaut enthalten, nicht in dem „rechtswidrig" oder „widerrechtlich"[1]). So wenn StGB § 303 bestimmt, dass die rechtswidrige und vorsätzliche Beschädigung einer fremden Sache strafbar ist, so liegt die

1) Merkel, Lehrbuch des Strafrechtes S. 35.

Verweisung auf das Civilrecht in dem Worte fremd nicht in dem Worte rechtswidrig. Rechtswidrig bedeutet hier wie auch überall im StGB[1]): ohne dazu das Recht gehabt zu haben. Dass diese Ausnahmen nicht bloss im StGB zu suchen sind, sondern auch in den anderen Rechtsteilen, ist schon oben bemerkt worden. In sofern ist ja „rechtswidrig" Verweisung auch auf ausserhalb des StGB stehende Rechtsvorschriften.

Und so wird man wohl behaupten dürfen, dass „widerrechtlich", „rechtswidrig" sowohl im BGB als im StGB immer sich umschreiben lassen können nach dem Vorbild von BGB 858 I durch den Satz: „sofern nicht das Gesetz . . . gestattet"; wie denn auch dieser § 858 I mit § 859 I, nach dem Vorbild 823 I etwa so zusammengefasst werden kann: der Besitzer darf sich mit Gewalt gegen denjenigen erwehren, der ihm widerrechtlich den Besitz entzieht, oder ihn widerrechtlich im Besitze stört.

§ 7. Rechtmässige Bestimmung durch Drohung.

Ebenso wie in allen anderen Paragraphen ist widerrechtlich in § 123 I zu verstehen. Auch hier heisst es nicht anders, als dass die Bestimmung eines anderen zur Abgabe einer Willenserklärung verboten ist, welches Verbot jedoch seine Ausnahmen hat; damit die abgegebene Willenserklärung anfechtbar sein kann, darf eine solche Ausnahme nicht vorliegen, man muss widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden sein. Zunächst muss man sich das Verbot zu formulieren suchen. Es ist schon bemerkt worden, dass es nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein kann, weil nicht ihren Zwecken dienlich, eine jede Beeinflussung fremder Willensentschlüsse zu verbieten; das BGB begnügt sich mit dem Verbot einer solchen Einwirkung mittelst Drohung und arglistige Täuschung. Die erste Frage ist daher, was denn Drohung resp. arglistige Täuschung im Sinne des § 123 ist. Insofern kann man fragen, was widerrechtliche Drohung ist, wie denn es auch oft geschieht, dass man zu bestimmen sucht, wann eine widerrechtliche Drohung vorliege. Dabei ist aber stets zu beachten, dass man es mit der Feststellung dessen zu tun hat, was nach Sinn und Zweck des Gesetzes als ein nicht zu duldendes Einwirkungsmittel auf den Willen anderer zu betrachten ist. Es genügt aber nicht, dass jemand mittels der so beschriebenen Drohung in seiner Willensentschliessung beeinflusst worden ist, sondern es kommt noch

1) Wenigstens überall dort, wo es sich auf das Verbum bezieht.

das zweite negative Erfordernis hinzu, dass dies widerrechtlich geschehen ist, d. h. es darf der Drohende nicht zur Erzwingung der Willenserklärung berechtigt gewesen sein. Dies drückt das Gesetz so aus, dass es sagt: wer widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann seine Erklärung anfechten. Um die Widerrechtlichkeit auszuschliessen, bedarf es einer ausdrücklichen Ermächtigung seitens der Rechtsordnung. Eine solche stellen dar die Bestimmungen über Selbsthilfe. So wenn der Vermieter nach § 561 das Recht hat „die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichtes verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen", so kann er auch durch Drohung den Mieter bestimmen, dass er ihm z. B. seine Sachen übergibt. Man hat ferner nach BGB § 229 das Recht, gewisse Handlungen vorzunehmen; wenn man nun auf grund dieser Vorschrift dem der Flucht verdächtigen Schuldner die Börse wegnehmen darf, so wird man auch das Recht haben, sich dieselbe durch Drohungen geben zu lassen. Aus diesem letzteren Paragraphen kann man wohl den Schluss ziehen, dass die aktive Selbsthilfe als solche verboten, also rechtswidrig und nur in den gesetzlich bestimmten Fällen (z. B. 561, 704, 859, 860, 910, 962) erlaubt ist, denn es heisst hier, abgesehen davon, dass nur bestimmte Selbsthilfehandlungen gestattet sind: wer . . . handelt nicht widerrechtlich, wenn u. s. w. Es muss deshalb als unrichtig bezeichnet werden, wenn Crome[1]) sagt: „die Drohung muss aber widerrechtlich sein, d. h. es darf kein Recht auf die erzwungene Handlung bestehen." Mit anderen Worten die zum Zweck der Selbsthilfe vorgenommene Erzwingung einer Willenserklärung ist rechtmässig, was nur dann richtig wäre, wenn man berechtigt gewesen wäre, sich das, was man zu fordern hat, eigenmächtig zu verschaffen. Gegen diese Verallgemeinerung der nur bei der erlaubten Selbsthilfe vorhandenen Aufhebung der Rechtswidrigkeit der betreffenden Eigenmacht, die auch v. Blume[2]) vertritt, haben

1) Lehrbuch I § 95 S. 431. Aehnlich auch Cosack, Lehrbuch I § 65 S. 215. „Die Beeinflussung des Bedrohten muss widerrechtlich gewesen sein, d. h. der Urheber der Drohung darf auf die Abgabe der erzwungenen Aeusserung kein Recht gehabt haben".

2) Iherings Jahrbücher Bd. 38 S. 253. „Es darf die Drohung dann nicht als widerrechtlich bezeichnet werden, wenn der Drohende ein Recht auf die erzwungene Willenserklärung hatte, mag er auch zur Zufügung des angebrachten Uebels nicht berechtigt gewesen sein".

sich denn auch erklärt Endemann[1]), Matthias[2]), Planck[3]), ferner Enneccerus[4]), Rehbein[5]). Allerdings wird man wohl dem Schuldner, der sich erst durch Drohungen hat bestimmen lassen, eine fällige Schuld zu bezahlen, entgegenhalten können, wenn er etwa anfechten wollte, dass er ja das, was er auf diese Weise zurückerlangen würde, wieder zu zahlen hat und dolo facit qui petit quod redditurus est[6]). Allein man denke sich den Fall, dass A dem B eine Leistung als Schenkung versprochen hat und wird dann durch Drohung gezwungen, sie zu bewirken; sollte dann die Heilung nach BGB 518 II eintreten und er nicht anfechten können? Aehnlich wird es sein in den Fällen der Spiel- und Wettschulden (762, 764), überhaupt aller obligationes naturales.

Andererseits sind aber die oben angeführten Formulierungen von Crome und Cosack auch insofern unrichtig, als sie behaupten, es komme nur darauf an, ob der Drohende auf die Abgabe der Willenserklärung, auf die erzwungene Handlung ein Recht hat oder nicht. Unter Recht wird wohl Rechtsanspruch zu verstehen sein. Also genau dasselbe wie mit dem rechtswidrigen Vermögensvorteil bei der Erpressung. Auch hier wird oft verlangt, dass der Erpresser kein Recht auf den erpressten Vermögensvorteil gehabt haben muss. Gegen diese Auffassung vergl. Frank, Kommentar S. 327. Nach Frank soll es darauf ankommen, ob der Vermögensvorteil „von dem Gewährenden im Wege des Rechtes zurückverlangt werden kann." Mit anderen Worten, ob er vom Rechte verboten war, ob er rechtswidrig war.

1) Lehrbuch 8. Aufl. I § 72. „Unrichtig die Behauptung, dass die Drohung stets gestattet sei, wenn auf die Abgabe der Willenserklärung ein Rechtsanspruch bestand".

2) Lehrbuch I § 53 S. 197. „Die Bestimmung durch Drohung ist daher nur dann nicht widerrechtlich, wenn der Drohende sein Recht auf die Abgabe der Willenserklärung durch erlaubte Mittel verfolgt".

3) l. c. S. 175. „Daraus, dass jemand ein Recht auf eine Leistung hat, kann nicht gefolgert werden, dass er sich diese Leistung im Wege der Selbsthilfe zu verschaffen berechtigt wäre. Eine an sich widerrechtliche Handlung wird dadurch, dass sie zum Zweck der Selbsthilfe erfolgt, nicht zu einer berechtigten".

4) Lehrbuch I § 79 S. 183 ff.

5) Rehbein, l. c. S. 145. „Widerrechtlich ist demnach die Drohung, die Stellung der Alternative zu widerrechtlichem Zweck oder zum Zweck unerlaubter Selbsthilfe".

6) Was für das Strafrecht keine Geltung hat, und also eine Strafbarkeit nach StGB 240 in einem solchen Fall sehr wohl möglich ist.

Man wird nicht sagen können rechtswidrig ist der Vermögensvorteil, wenn das Rechtsgeschäft nach BGB 123 I angefochten werden kann. Denn abgesehen davon, dass StGB 253 viel weiter geht als BGB 123, indem er auch solche Tatbestände umfasst, die nach Civilrecht unter 105 II, 123 und 138 BGB zu subsummieren sein werden, werden sich doch auch da, wo beide Tatbestände sich decken, Verschiedenheiten ergeben. Beim StGB 253 kommt es hauptsächlich auf den Vermögensvorteil an, im Falle der verbotenen Selbsthilfe, also wo die Anfechtung zulässig ist, wird keine Erpressung vorliegen, weil der Erpresser sich sein Recht geholt hat. Ueberhaupt kann man beide Paragraphen nicht in Zusammenhang bringen; denn es kann sein, dass der Tatbestand von § 123 vorliegt, ohne dass von Erpressung die Rede sein könnte und umgekehrt Erpressung vorliegen, ohne dass das Rechtsgeschäft nach 123 anfechtbar wäre; selbst da, wo beides zutrifft, wo Erpressung und Anfechtbarkeit gegeben ist, kann man nicht sagen, es handelt sich um eine Erpressung, weil der benachteiligte Teil anfechten kann und deswegen der Vermögensvorteil ein rechtswidriger sei. Es sind das eben zwei verschiedenartige Paragraphen: der eine will die Freiheit der Willensentschliessung vor Drohungen, der andere das Vermögen schützen. Was nun die Frage betrifft, wann denn der Vermögensvorteil verboten ist, so wird wohl auf die guten Sitten zu verweisen sein. Man wird immer fragen müssen, ob sich ein ehrenhafter Mann auf diese Weise auf Kosten anderer bereichern bezw. ob er einen Dritten bereichern würde. Wird diese Frage verneint und sind die sonstigen Voraussetzungen des § 253 vorhanden, so hat man es mit Erpressung zu tun sonst nicht. Der Geschäftsreisende also, der mit Kündigung droht und sich ein höheres Gehalt versprechen lässt, die Arbeiter, die mit Kündigung der Dienstverträge drohen und sich auf diese Weise höhere Löhne verschaffen, sind weder wegen Erpressung strafbar — eben deswegen nicht, weil es nicht unmoralisch ist, sich ein höheres Gehalt oder höhere Löhne zu verschaffen, weil ein solcher Vermögensvorteil auch von dem ehrenhaftesten Manne erstrebt wird — noch können die betreffenden Willenserklärungen auf grund des § 123 angefochten werden, weil man es nicht mit Drohungen im Sinne dieses Paragraphen zu tun hat. Haben dagegen die Arbeiter mit Strike gedroht, so wird der Tatbestand des § 123 allerdings wohl gegeben sein und der Fabrikherr wird seine Erklärung anfechten können, eben weil er sie nicht freiwillig, son-

dern unter dem Druck einer Drohung abgegeben hat; trotzdem werden die Arbeiter nicht wegen Erpressung strafbar sein, weil die Lohnerhöhung etwas durchaus moralisches ist. Eine andere Frage ist es, ob der Vertragsbruch der Arbeiter strafbar sein soll oder nicht. Wollte man die Meinungen von Cosack und Crome befolgen, so wäre z. B. der Mieter, der mit Kündigung droht, wenn ihm nicht der Vermieter 10 Mk. von der Miete ablässt, nicht nur dem Strafrichter verfallen nach der Praxis des Reichsgerichts, sondern er hätte auch keinen Anspruch auf die Preisermässigung, denn er könnte ja nicht auf Erfüllung des Versprechens des Vermieters bestehen, wenn dieser seine Willenserklärung angefochten hatte. Denn „es braucht die Drohung selber nicht rechtswidrig gewesen zu sein“ [1]). Es kommt demnach lediglich auf den Inhalt der abgegebenen Willenserklärung an und für dessen Widerrechtlichkeit soll ja nur entscheidend sein, ob der Drohende ein Recht auf die erzwungene Handlung hat. Aus diesen Konsequenzen hilft sich Planck [2]) dadurch, dass er leugnet, dass Drohung mit Ausübung eines subjektiven Rechtes Anfechtbarkeit nach § 123 nach sich ziehen kann und begründet dies damit, dass eine solche Drohung eine rechtmässige sei, indem er dies aus dem Wesen des subjektiven Rechtes folgert. Liegt denn aber dies im Wesen des subjektiven Rechtes, mit dessen Ausübung man droht? Man hat Eigentum an einer Sache; das Wesen dieses Rechtes besteht darin, dass man die Sache im ausschliesslichen Besitz haben, sie ge- und verbrauchen darf. Die Rechtsordnung gibt dem geschäftsfähigen Inhaber von subjektiven Rechten noch die Befugnis, über gewisse Rechte verfügen zu dürfen ,also z. B. dieselben aufzugeben. Diese Befugnis, das Eigentum aufgeben, das Forderungsrecht übertragen können, liegt nicht in dem Eigentum bezw. in dem Forderungsrecht, sondern ist von der Rechtsordnung dem Rechtssubjekt verliehen. Das Kind, wel-

1) Cosack, l. c. S. 215. Vgl. auch Crome S. 431: „Dagegen ist widerrechtlich eine Drohung, die in rechtlich missbilligender Art den Willen des Erklärenden gebeugt hat, wenngleich der Inhalt der Drohung etwas an sich Erlaubtes war“.

2) Planck, l. c. S. 172. „Aus dem Wesen des subjektiven Rechtes scheint mir gefolgert werden zu müssen, dass auch die Drohung mit der Ausübung des Rechtes zu dem Zweck, um den Verpflichteten zu einer Willenserklärung zu bestimmen, berechtigt ist, sofern nicht die Umstände so liegen, dass die angedrohte Ausübung keinen anderen Zweck haben kann als dem Anderen Schaden zuzufügen“.

ches Eigentum hat, hat sie nicht, weil sie ihm seitens der Rechtsordnung versagt ist, obwohl es eben solches Eigentum hat, wie der Geschäftsfähige. So ist es mit allen anderen subjektiven Rechten (soweit über sie disponiert werden darf): ihr geschäftsfähiger Inhaber hat die freie Verfügungsbefugnis über dieselben; er kann sie also auch dazu gebrauchen, dass er dem Verpflichteten vorschlägt, er wolle auf die Ausübung seines Rechtes verzichten, falls dieser ihm das und das gewährt, oder er kann einem dritten die Ausübung seiner Rechte gegen eine Gegenleistung überlassen. Wenn ein solcher Vorschlag auch für den anderen Teil günstig ist, so kommt das Geschäft ohne weiteres zustande. Es kann aber sein, dass der Inhaber des Rechtes sich in einer solchen günstigen, der andere dagegen in so ungünstiger Lage befindet, dass der erstere seine Macht missbrauchend, den letzteren zu einem ihm nachteiligen Geschäft zwingt — dies ist aber nicht mehr Drohung im Sinne des § 123, dies ist Ausbeutung der Notlage anderer[1]).

Ebenso verfährt v. Blume, indem er denjenigen, der berechtigt ist die Drohung zu vollziehen, z. B. die angedrohte Kündigung vorzunehmen, das Recht gibt, zu drohen; seine Drohung soll eben in solchen Fällen rechtmässig sein, aber nur an sich, im übrigen haben die guten Sitten zu entscheiden, ob eine konkrete Drohung widerrechtlich ist oder nicht[2]). Diese Einmischung der Moral bei der Beurteilung der Drohungsfälle findet sich auch bei Hölder[3]). Nach ihm ist die Widerrechtlichkeit der Willensbestimmung durch Drohung gleichbedeutend mit der Widerrechtlichkeit der Drohung, indem sie ein unerlaubtes oder unsittliches Verhalten androht, wobei die Unsittlichkeit sich auch aus den Zwecken, die der Drohende verfolgt, ergeben kann. Es ist zwar richtig, dass der Grund der gesetzlichen Vorschrift über die Willensbestimmung durch Drohung darin zu suchen ist, dass die Rechts-

1) Vgl. auch Planck, l. c. S. 172. „Eine Vereinbarung, durch welche gegen den Verzicht des Berechtigten auf die Ausübung seines Rechtes der Andere eine bestimmte Willenserklärung abgiebt, kann wegen des Inhalts dieser Erklärung, als gegen die guten Sitten verstossend, anzusehen sein".

2) Blume, l. c. S. 253. „Die Drohung ist an sich nicht widerrechtlich, wenn der Drohende berechtigt wäre, sie auszuüben. — Sie ist aber stets verwerflich und insofern auch widerrechtlich, wenn ihre Anwendung zum Zwecke der Herbeiführung der konkreten Willenserklärung gegen die guten Sitten verstösst".

3) Kommentar S. 274.

ordnung in einer solchen Bestimmung eine Unsittlichkeit, d. h. etwas mit den Existenzbedingungen der bestehenden Gesellschaft Unvereinbares, erblickt. Dieser Umstand gibt aber noch keinen Anlass dazu, die Unsittlichkeit bei jedem einzelnen Fall, der zur Beurteilung kommt, zu Grunde zu legen und danach die Entscheidung zu treffen, ob die vorliegende Willenserklärung anfechtbar sein soll oder nicht. Es ist nämlich ein für allemal vom Gesetz vorgeschrieben, dass durch Drohung erzwungene Willenserklärungen anfechtbar sind ohne Rücksicht darauf, ob die Drohung eine unsittliche war oder nicht: davon steht kein Wort weder im § 123, noch sonst wo im BGB[1]). Unzulässig ist daher umgekehrt der Beweis, das angedrohte Verhalten sei nicht unsittlich, also die Willensbestimmung rechtmässig; denn es findet sich im BGB keine Vorschrift, die besagen würde, dass sittliche Drohungen die Bestimmung des fremden Willens zu einer erlaubten machen. Ueberhaupt ist die ganze Fragestellung sowohl bei Blume als bei Hölder insofern unrichtig, als es auf die Drohung selbst, darauf abgestellt wird, ob die Drohungshandlung, d. h. die Ausführung dessen, was in Aussicht gestellt wird, etwas erlaubtes wäre oder nicht. Nun, wenn jemand etwas tun darf, so mag er auch nach Belieben drohen, dass er es tun will. Darauf kommt es gar nicht an, sondern darauf: darf er dadurch anderen Leuten vorschreiben, was sie tun und lassen sollen? Verneint man die Frage, gibt man zu, dass das eine Drohung ist, so kann ihre Widerrechtlichkeit nicht von den guten Sitten abhängig gemacht werden, denn davon ist nichts im Gesetze enthalten.

Bezüglich der durch Selbsthilfe aufgehobenen Widerrechtlichkeit der Drohung (gemeint ist natürlich Bestimmung durch Drohung) wird sich die Frage erheben: kommt es hier lediglich auf den Zweck, auf die erpresste Erklärung an, oder auch auf die Mittel dieser Erpressung. Hat z. B. der Vermieter, der seinen Mieter mit der Pistole in der Hand nötigt, ihm seine Sachen zu überlassen, rechtswidrig oder rechtmässig gehandelt. Mit a. W., ist bloss die Bestimmung des fremden Willens in Betracht zu ziehen, oder auch noch das Wie dieser Bestimmung? Es wird zu sagen sein, dass es auf beides ankommt. Denn es genügt nicht, dass man gedroht hat, ohne etwas durchzusetzen, und ebensowenig, dass man bei dem anderen etwas durchgesetzt hat, ohne gedroht

1) Analog liegt die Sache bei 138 II.

zu haben; sondern es muss beides vorhanden sein: Drohung und Erfolg. Es wird also in den Fällen der Selbsthilfe der Berechtigte nur mit dem drohen können, was zu tun er wirklich das Recht hat. Sonst überschreitet er seine Befugnis und macht sich eines widerrechtlichen Eingriffs in die fremde Willensentschliessung schuldig. Wie weit er gehen darf, wird sich für den einzelnen Fall aus der ganzen Sachlage ergeben. Die Frage ist praktisch mehr für das Strafrecht. Denn obwohl auch die Anfechtung oft zu keinem Resultat führen würde, weil der Betreffende sich sein Recht verschafft hat und im heutigen Recht keine civilrechtliche Strafe für die unerlaubte Selbsthilfe angedroht ist (im Gegensatz zum römischen Recht: Decretum divi Marci), so wird doch eventuell StGB 240 platz greifen können, sobald eine Ueberschreitung der rechtlichen Gewalt vorhanden ist (vorbehaltlich natürlich der etwaigen Schadensersatzansprüche aus § 823).

Selbstverständlich werden die Selbsthilfefälle nicht die einzigen Ausnahmen von der Regel des § 123 I bilden. Freilich werden Notwehr und Notstand kaum in Betracht kommen können. Die Hauptausnahmen werden sich wohl im öffentlichen Rechte finden. Die Organe der Verwaltung z. B., welche auch Gewalt gebrauchen können, werden berechtigt sein, mit der Ausübung derselben zu drohen.

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung.

§ 1. Der Grund der gesetzlichen Bestimmung 1

I. Die Drohung.

§ 2. Wesen der Drohung 7

§ 3. Willensbestimmung durch Drohung 9

II. Die Widerrechtlichkeit.

§ 4. Uebersicht 27

§ 5. Widerrechtlichkeit der Willensbestimmung durch Drohung . . 28

§ 6. Widerrechtlichkeit und Verschulden 34

§ 7. Rechtmässige Bestimmung durch Drohung 50